Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Dominikus Micelli

Rechtspraktikant

aus München.

BRESLAU 1906.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507204_0159

Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte.

Inaugural-Dissertation

verfasst und der

Hohen rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg

zur Erlangung

der rechts- und staatswissenschaftlichen Doktorwürde

vorgelegt von

Dominikus Micelli

Rechtspraktikant

aus München.

AKAD. ... BIBL.

BRESLAU 1906.

SCHLETTER'sche BUCHHANDLUNG

(Franck & Weigert)

Inhaber: A. Kurtze.

Referent: Professor Dr. Oetker.

Druck von Gebrüder Böhm, Kattowitz O.-S.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

§ 1. Einleitung 1
A. Historischer Ausgangspunkt.
B. Aufgabe.

Erster Abschnitt.

Der Gewahrsam als gemeinsames Tatbestandsmerkmal der §§ 242, 246, 249, 289, 291, 370 Ziff. 2, 5 und 6, 168 mit 367 Ziff. 1, 350 St.G.B.

§ 2. Diebstahl und Unterschlagung 11
§§ 242, 246.

§ 3. Der Raub 13
§ 249.

§ 4. Die Pfandkehr 14
§ 289.

§ 5. Der sogen. Munitionsdiebstahl 18
§ 291.

§ 6. Die Übertretungen des § 370 21
a) § 370 Ziff. 2.
b) Der Munddiebstahl.
§ 370 Ziff. 5.
c) § 370 Ziff. 6.

§ 7. §§ 168 und 367 Ziff. 1 24

§ 8. § 350 26

Zweiter Abschnitt.

Inkongruenz des strafrechtlichen Gewahrsams und des zivilrechtlichen Besitzes.

§ 9. I. Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches . . 28

§ 10. II. Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches . 30

§ 11. Fortsetzung 36

Seite

§ 12. Gesetzesgeschichtlicher Gesichtspunkt 38
§ 13. Rechtspolitischer Gesichtspunkt 40

Dritter Abschnitt.

§ 14. I. Das Wesen und die Konstruktion des Gewahrsams 46
§ 15. II. Die Begründung des Gewahrsams 52
III. Verlust des Gewahrsams 58
§ 16. Vorbemerkung 58
§ 17. A. Unfreiwilliger Gewahrsamsverlust 59
§ 18. B. Freiwilliger Gewahrsamsverlust 67
a) Dereliktion.
b) Übertragung des Gewahrsams.
§ 19. IV. Das Verhältnis des Mitgewahrsams 73
§ 20. V. Die Fortdauer des Gewahrsams 82
Schlusswort.

Literatur-Verzeichnis.

Vorbemerkung: Um die wiederholte Anführung längerer Büchertitel zu vermeiden, sind nachstehende Abkürzungen gebraucht.

Annalen, Annalen des Deutschen Reichs f. Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft.

Annalen des Reichsgerichts (abgeschl. mit Bd. X).

Archiv f. B.R., Archiv für Bürgerliches Recht.

Archiv f. ziv. Pr., Archiv f. zivilistische Praxis.

Becher Landeszivilrecht, Das rechtsrh.-bayer. Landeszivilprozessrecht, 1896.

Berner, Lehrb. des deutschen Strafrechts 1898.

Biermann, Das Sachenrecht des B.G.B. 1903.

Binding, Grundriss, Grundriss des Gemeinen Deutschen Strafrechts 1901.

— Hdb., Handbuch des Deutschen Strafrechts 1898.

— Lehrb., Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I. Bd. 1902.

— Normen, Die Normen und ihre Übertretung 1872.

Birkmeyer, Encyklopädie, Encyklopädie der Rechtswissenschaft 1904.

Bl. f. R.A., Blätter für Rechtsanwendung.

Cosack, Lehrb. des Deutschen bürgerl. Rechts. II. Bd. 1900.

Cramer, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrechte 1885.

Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsgutes der Pietät, 1890.

Denkschrift, Denkschrift z. d. Entw. eines B.G.B.

Dernburg I, Das bürgerl. Recht Deutschlands und Preussens. III. Bd. 1904.

— II, Lehrb. des Preuss. Privatrechts und der Privatrechtsnormen des Reichs. I. Bd. 1884.

Dernburg, Pandekten, 1896.

Dickel, Der Tatbestand des Diebstahls nach Deutschem Recht. Diss. 1877.

D.J.Z., Deutsche Juristenzeitung.

Dörr, Über das Objekt bei strafbaren Angriffen auf vermögensrechtlichen Interessen 1897.

Dreykluft, Der § 289 St.G.B. und sein Verhältnis zu anderen Strafbestimmungen. Diss. 1896.

E., Entscheidung des Reichsgerichts in Strafsachen.
Eckardt, Kontroversen in der Lehre vom Diebstahl. Diss. 1899.
Ehrenhard, Der Einfluss des B.G.B. auf die Verbrechensbegriffe Diebstahl, Unterschlagung und auf die Besitzentziehung. Diss. 1901.
Elster, Wörterbuch, Wörterbuch der Volkswirtschaft. I. Bd. 1898.
Endemann, Lehrb. d. bürgerl. Rechts. II. Bd. 1900.
E.O.L., Entscheidungen des bayer. Oberstenlandesgerichts in Strafsachen.
E.O.L. I., Entscheidungen des kgl. Oberlandesgerichts München (abgeschl. mit Bd. X).
Ewald Ernst, Der Begriff des Gewahrsams in den beiden Delikten Diebstahl und Unterschlagung. Diss. 1900.
Ewald Hans, Abgrenzung der beiden Delikte Diebstahl und Unterschlagung von einander. Diss. 1899.
Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe 1904.
Förster-Eccius, Preuss. Privatrecht. III. Bd. 1896.
Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1903.
G.A., Archiv für Strafrecht, begründet durch Goltdammer.
Gaupp-Stein, Die Zivilprozessordnung für das Deutsche Reich. II. Bd. 1904.
Glaser, Handbuch des Strafprozesses. 1883—85.
Goldschmidt L., Grundlagen, Grundlagen in der Besitzlehre, in vermischten Schriften. I. Bd. 1901.
Goltdammer, Materialien, Goltdammer Materialien zum Preuss. Strafgesetzbuche. 1851, 1852.
Grimm Wörterb., Deutsches Wörterbuch von Jakob Grimm und Wilhelm Grimm. III. Bd. 1859.
G.S., Gerichtssaal.
Hälschner, Gemeines Deutsches Strafrecht. 1881—87.
— System, System des preuss. Strafrechts. 1868.
Henle-Schierlinger, Das St.G.B. f. d. Deutsche Reich. 1903.
H.E., Encyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung. Begr. v. Dr. Franz v. Holtzendorff. 1904.
Heusler, Die Gewere. 1872.
Heyne, Deutsches Wörterbuch. I. Bd. 1889.
H.H., Handbuch des Deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausg. v. Holtzendorff. 1871—77.
Huber, Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht.
Huber F. C., Die Unterschlagung. 1875.
Janka, Das Österreichische Strafrecht. 1884.
Jäger, Die Konkursordnung auf der Grundlage des neuen Reichsrechts. 1904.
Jhering v. I, Der Besitzwille. 1889.
— II, Der Zweck im Rechte. I. Bd. 1893.
J.J., Jherings Jahrbücher für Dogmatik.
J.V.Schr., Juristische Vierteljahrsschrift.
J.W.Schr., Juristische Wochenschrift.
Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. 1895.
Kapff, Die Unterschlagung. Diss. 1879.

Kniep, Der Besitz des B.G.B. gegenübergestellt dem römischen und gemeinen Recht. 1901.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht I. 1890.
Kr.V.Schr., Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B.G.B. 1899.
Lammasch, Diebstahl und Beleidigung. 1893.
— Grundriss, Grundriss des Strafrechts. In der Samml. Grundriss des österr. Rechts. Herausg. von Finger in Verbindung mit anderen. 1899.
Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? Diss. 1894.
Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts. 1893.
Liszt v., Lehrb. des Deutschen Strafrechts. 1888 und 1905.
— Deliktsobligationen: Die Deliktsobligationen im System des B.G.B. 1898.
Lobe, Einfluss des B.G.B. auf das Strafrecht 1898.
Maschke, Das Eigentum im Zivil- und Strafrecht. 1895.
Merkel, E., Der Leichenraub. 1904.
Meyer, H., Lehrb. des Deutschen Strafrechts. 1895.
Meyer, Karl, Die Konkursordnung für das Deutsche Reich. 1899.
Motive z. d. Entw. eines Strafges. B., Motive zu dem Entwurf eines St.G.B. f. d. norddeutsch. Bund. 1869.
Motive, Motive z. d. Entw. eines B.G.B.
Mugdan Materialien, Die gesamten Materialien zum B.G.B. 1899.
Österr.R.Lex., Österreichisches Rechts-Lexikon. Prakt. Handwörter-Buch des öffentl. und privaten Rechts der im Reichsrate vertr. Königreiche und Länder. II. Bd. 1895.
Olshausen, Kommentar zum St.G.B. für d. Deutsche Reich 1901. I. Bd. 1905. II. Bd. 1906 konnte nicht mehr berücksichtigt werden.
Oppenhoff, Das St.G.B. f. d. Deutsche Reich. 1902.
O.R., Oppenhoff, die Rechtsspr. des preuss. Obertribunals in Strafsachen. 1861 ff.
Paul, Deutsches Wörterbuch. 1877.
Planck, Bürgerl. Ges.-Buch nebst Einführungs.-Ges. I. u. II. Aufl.
Pollwein, Bayer. Ges. v. 30. III. 1850, betr. d. Ausübung der Jagd. 1906.
Recht, Das Recht, Rundschau für den Deutschen Juristenstand.
Rechtspr., Rechtspr. des Reichsgerichts in Strafsachen (abgeschlossen in Bd. X).
Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Zivil- und Strafrecht. Diss. 1894.
Rüdorff I, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich. 1892.
— II, Strafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich von Dr. Appelius. 1900.
Sächs. Archiv, Sächsisches Archiv f. Bürgerl. Recht und Prozess.
Schlosky, Der Mundraub nach § 370 Ziff. 5 St.G.B. 1897.
Schütze, Lehrb. des Deutschen Strafrechts. 1871.
Schwarze, Kommentar zum St.G.B. f. d. Deutsche Reich. 1884.
Seeliger, Der Bruch des amtlichen Gewahrsams im Sinne des § 133 St.G.B. Diss. 1901.
Seuffert, Deutsches Konkursprozessrecht. 1899.
Seufferts Archiv, Seufferts Archiv n. d. Entsch. der Obersten Gerichte in den Deutschen Staaten.

Staudingers Kommentar, Kommentar zum B.G.B. 1898 und 1903.
Stein, Die Einwirkung des neuen Bürgerlichen Rechts auf das Anwendungsgebiet des § 289 St.G.B. Diss. 1901.
Stenglein Lexikon, Lexikon des Deutschen Strafrechts nach d. Entsch. d. Reichsger. 1901—1904.
Stenglein, Neb.-Ges. Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches 1903.
Stobbe, Handbuch des Deutschen Privatrechts II. Bd. 1896.
Stooss Grundzüge, Die Grundzüge des schweizer. Strafrechts im Auftrage des Bundesrates vergleichend dargestellt. 1893.
Weyl, Vorträge über das B.G.B. II. Bd. 1901.
Z. f. ges. Str.W., Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.
Z. f. Rechtspflege, Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zusammenstellung gutachtl. Äusserungen, Zusammenstellung gutachtlicher Äusserungen zu dem Entw. des B.G.B., gefertigt im Reichsjustizamte III. Bd.
Und die gelegentlich Zitierten.
Es bedeutet z. B.: G.S. 38. 298. Gerichtssaal Bd. 38. Seite 298.
Im übrigen sind die sonst üblichen Abkürzungen der Reichsgesetze gebraucht.
Wo hinter einem Paragraphen keine Bezeichnung steht, ist Strafgesetzbuch zu lesen.

Einleitung.

§ 1.

A. Historischer Ausgangspunkt.

Ein alter Begriff, der infolge seiner grossen Bedeutung, die ihm in verschiedenen Rechtssystemen zukommt, eine sehr bewegte Vergangenheit hinter sich hat, ist der Gewahrsam.[1])

Schon sprachlich ist es bemerkenswert, dass man der, die,[2]) das[3]) Gewahrsam lesen kann, ein Umstand, der von vornherein eine Unsicherheit auf diesem Gebiete vermuten lässt.

Die römischen Juristen der Kaiserzeit unterscheiden bereits scharf die possesio, juristischer Besitz, einerseits und das in possessione esse, die blosse detentio,[4]) Innehabung oder Gewahrsam andererseits. Allein nirgends finden wir eine Definition dieser Begriffe. Soviel aus den Quellen hervorgeht, ist possessio der durch die possessorischen Interdikte geschützte Sachbesitz, während Detention ein nicht durch die Interdikte geschütztes Machtverhältnis über die Sache bedeutet.

---

[1]) Adelung bezeichnet in seinem grammatisch-kritischen Wörterbuche der hochdeutschen Mundart (2. Aufl. 1796) den Gewahrsam als ein nur noch hin und wieder in der gerichtlichen Schreibart übliches Wort.

[2]) Z. B. das allgemeine Landrecht von 1794 sagt „die Gewahrsam"; in der neuen Reichsgesetzgebung ist Gewahrsam Maskulinum geworden. Aber trotzdem schwankt noch die Artikulierung. (Vgl. z. B. Weyl 2. S. 8.).

[3]) Z. B. bei Brinz, Kohler 1. 211.

[4]) Tenere, detinere wird in den römischen Quellen auch gleichbedeutend mit naturalis possessio gebraucht und diese der civilis possessio gegenübergestellt.

Die Entscheidung der Frage über den inneren Grund dieses Gegensatzes beschwor in der gemeinrechtlichen Literatur eine unsterbliche Kontroverse herauf.

Savigny gebührt das unvergängliche Verdienst, mit seinem epochemachenden Werke „Das Recht des Besitzes“ die inneren Merkmale des Unterschiedes zwischen juristischem Besitz und Gewahrsam aufgestellt und so in die verworrene gemeinrechtliche Besitzlehre Klarheit gebracht zu haben.

Der juristische Besitz schliesst nach *Savigny* wesentlich zwei Elemente in sich, nämlich corpus und animus. Während unter corpus die physische Gewalt oder faktische Herrschaft über die Sache zu verstehen ist, bezeichnet animus den Willen, die Sache als oder wie eine eigene zu haben (animus sibi habendi, auch animus domini), d. h. den Willen, jeden anderen vom Besitz der Sache auszuschliessen. Fehlt der animus domini, so entsteht nicht Besitz im juristischen, sondern im natürlichen Sinne, d. i. Detention. Denn der Detentor erkennt das Recht eines anderen an der Sache an, er besitzt also die Sache für einen anderen — alieno nomine —, welcher selbst als der wirkliche juristische Besitzer die Herrschaft durch ersteren ausübt. Hierher zählen der Mandatar, Depositar, Kommodatar. Wenn aber gewisse Personen, wie der Faustpfandgläubiger, Sequester, Emphyteuta, Superfiziar, Prekarist, obwohl dieselben die Absicht nicht haben, sich als Eigentümer zu betragen, sich ebenfalls des gerichtlichen Schutzes erfreuen, so sind dies die anomalen Fälle des sogenannten abgeleiteten Besitzes, weil in allen jenen Fällen der Detentor ein vom juristischen Besitzer abgeleitetes Besitzrecht hat.

Savignys Lehre über den Unterschied von Besitz und Gewahrsam, die gemeinrechtlich zu einem juristischen Glaubensdogma wurde, fand in neuerer Zeit entschiedenen Widerspruch, besonders bei *Jhering*, der der *Savigny*schen Subjektivitäts- oder Willenstheorie[1]) mit seiner Schrift: „Der Besitzwille“ schonungslos und schneidig zu Leibe rückte und deren wissenschaftliche Unhaltbarkeit in ebenso geistreicher wie eingehender Weise nachzuweisen suchte. Nach der von ihm aufgestellten Objektivitätstheorie ist für die Frage,

[1]) So genannt, weil für die Unterscheidung von Besitz und Gewahrsam der Wille des Inhabers massgebend ist.

ob Besitz oder Detention anzunehmen ist, die besondere Qualifikation des Besitzwillens ohne alle und jede Bedeutung. *Jhering* findet vielmehr den wirklichen Grund des Unterschiedes in der gesetzlichen Bestimmung, welche je nach Verschiedenheit des Verhältnisses (causa possessionis) bald Besitz, bald Detention eintreten lässt.[1])

In diesem nicht ohne Erbitterung geführten Kampf blieb *Savignys* Anhängern der Sieg, wenngleich die Gegner einen praktischen Erfolg insofern errungen haben, dass man allmählich aufhörte, dem subjektiven Willensmoment eine allzu grosse Macht beizumessen.[2])

Weiter stritt man darüber, ob die Detention selbst irgend einen animus voraussetze, oder ob man ohne jedes Wissen und Wollen Detention anzunehmen habe. Nach der herrschenden Meinung wird mit aller Entschiedenheit Wissen und Wollen als notwendiges Requisit der Detention verlangt. Dabei stützt sie sich auf die Quellen, die das Erfordernis des Willens für die Detention ausdrücklich anerkennen, indem sie für den Besitzerwerb durch Stellvertreter die Willensfähigkeit des Stellvertreters fordern. 1 § 9, 10 h. t. „Ceterum ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi, et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris apprehendisse possessionem.“ Die hauptsächlichsten Vertreter der herrschenden Lehre sind *Bruns*, der namentlich vom Standpunkt der Philosophie und de lege ferenda dafür eintritt, in seiner Schrift: „Recht des Besitzes“ (S. 467 ff.), ferner *Puchta*,[3]) *Sohm*,[4]) *Jhering*,[5]) *Baron*[6]) u. a.

Für die entgegengesetzte Ansicht wird besonders auf *Theophilus* zu § 2 Inst. 3, 29: *διαφορὰ τοῦ κρατεῖν καὶ τοῦ νέμεσθαι αὕτη· ὅτι κρατεῖν ἐξει φυσικῶς κατέχειν, νέμεσθαι δὲ τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν* Bezug genommen. Demnach wäre zu Detention nur das

---

[1]) **J. J. 32. 41 ff.**

[2]) **Anhänger Jherings sind u. a. Baron in J. J. 29. 192; 30. 197; Pflüger, Besitzklagen, S. 229; gegen Jhering: Karlowa 2. 322 ff.; Randa, Besitz, 4. Aufl. 1890; vermittelnd: Kuntze, Zur Besitzlehre 1890; Bekker in J. J. 30. 325, Bd. 34. S. 1; Dernburg, Pandekten, I. Bd. § 172; Strohal in J. J. 29. 336; 31, 66.**

[3]) **Rheinisches Museum für Jurisprudenz, V. Bd. S. 34 N. 3.**

[4]) **Institutionen 1884 S. 209.**

[5]) **Besitzwille, S. 43.**

[6]) **Pandekten, 8. Aufl. 1893 S. 213.**

φυσικῶς κατέχειν, die tatsächliche Herrschaft, aber nicht der animus erforderlich. In diesem Sinne *Randa* in seinem Werke: „Der Besitz“ (3. Aufl. 1879, S. 11) u. a.

Ein weiteres Eingehen auf diese Streitfrage liegt nicht im Rahmen unserer Aufgabe.

Nun zum deutschen Rechte! Hier begegnen wir dem Institut der Gewere,[1]) das für die Entwicklung des Gewahrsams nicht bedeutungslos sein dürfte. Wie der Römer in dem „in possessione esse“, in der Detention ein blosses faktisches, unjuristisches Verhältnis, ein rechtlich indifferentes Ding sieht, spricht der Deutsche, wie es in den sächsischen Rechtsquellen heisst, von „in geweren sin, de gewere hebben“, welches das Gegenstück des römischen „in possessione esse“ darstellt.[2])

So im Sachsenspiegel, Lehnr. 62 § 1: went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet.

Am meisten interessiert uns jedoch die Gewere als Analogon des juristischen Besitzes der Römer. Wenn auch die Gewere an sich ein Institut des Immobiliarsachenrechts und hauptsächlich für dieses von Bedeutung ist, so wird in späteren Quellen doch auch eine Gewere an fahrender Habe erwähnt. Während die Gewere an Immobilien auf dem Ziehen der wirtschaftlichen Nutzung aus der Sache, auf dem nut boeren, beruht,[3]) charakterisiert sie sich bei Mobilien als das faktische Innehaben einer Sache,[4]) als Detention, ohne Rücksicht auf einen besonderen animus und Rechtstitel des Besitzers. Deshalb sagt *Sohm* (Festgabe für Thöl. Strassburg S. 108): „Die bewegliche Sache ist des deutschen juristischen Besitzes unfähig, d. h. für die fahrende Habe ignoriert das deutsche Recht den animus“.[5])

---

[1]) Gewere hat seinen Ursprung im got. vasjan, im althochdeutschen verjan, lat. vestire, einkleiden. In französischen Rechtsquellen wird gewere durch saisine (von saisir ergreifen), im italienischen durch tenuta wiedergegeben. Gewere, in lat. Quellen des Mittelalters vestitura oder investitura bedeutet 1. ursprünglich die Bekleidung mit dem Besitz einer Sache, 2. im technischen Sprachgebrauch den Nutzungsbesitz selbst, 3. daneben das besessene Objekt, insbesonders Haus und Hof.

[2]) Heusler, S. 114.

[3]) Stobbe, S. 196, Heusler, S. 115, Huber, S. 22 ff.

[4]) Stobbe, S. 197.

[5]) Von einer Darlegung der Details muss hier abgesehen werden.

Mit der Rezeption des römischen Rechts in Deutschland wurden die altdeutschen Normen über die Gewere durch die römisch-rechtlichen Vorschriften über Besitz und dessen Schutz, wie sie das italienische Recht unter Einwirkung des kanonischen durch Praxis und Doktrin ausgebildet hatte, fast völlig verdrängt.

Dem allgemeinen Landrecht für die preussischen Staaten ist der[1]) Gewahrsam im Gegensatz zu Besitz ein wohlbekannter Begriff. Das A.L.R.[2]) spricht demjenigen Besitz zu, der eine Sache in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch andere, in seine Gewahrsam nimmt. Den Besitzbegriff machen also zwei wesentliche Requisite aus: ein objektives oder körperliches, das physische Vermögen, mit einer Sache wirklich und ausschliesslich zu verfahren; ein subjektives oder geistiges: die Absicht — der Wille — für sich selbst zu verfügen. Der animus possidendi muss jedoch nicht notwendig auf das Eigentum abzielen (animus domini); er muss aber jedenfalls die Qualifikation des animus sibi habendi haben, d. h. darauf hingehen, die Sache zu irgend einem eigennützigen Zweck zu haben. Den Gewahrsam einer Sache hat, der das physische Vermögen hat, über dieselbe mit Ausschluss anderer zu verfügen.[3]) Der Gewahrsam, die Detention im technischen Sinne, ist jedoch nur gegeben, wenn das psychische Element vorhanden ist. Wenn das A.L.R. I. 7 § 138 auch dem Gewahrsam zuschreibt, der eine Sache hat, ohne es zu wollen, oder zu wissen, so ist dies nur ein faktisches Verhältnis, das ohne jede juristische Relevanz ist.[4])

So ist also auch im preussischen Landrecht, wie im römischen Recht, der Unterschied zwischen possessio und detentio, Besitz und Gewahrsam, gegeben.

Das bayerische Landrecht (Codex Maximilianeus bavaricus civilis) nennt Besitz, welchen Ausdruck es mit Innehaben promiscue gebraucht, als den Zustand, „da man eine Sache, mit der Absicht, solche für sich zu haben (animo sibi habendi), in seiner Gewalt und

---

[1]) Das Gesetz sagt: „Die Gewahrsam“ vgl. S. 1.

[2]) I. 7 § 3 vgl. Förster-Eccius § 157, Dernburg II, § 149.

[3]) A.L.R. I 7 § 1.

[4]) Förster-Eccius a. a. O.; Dernburg II a. a. O.; Bruns (Recht des Besitzes 1848) S. 436, 437. a. M.; Randa, Besitz, § 1, 11; neuestens auch v. Jecklin in Gruchots Beiträgen (Bd. 32. S. 252 ff.).

Gewahrsam hat". [1]) Besitz ist also die tatsächliche Herrschaft über eine Sache in der Gesamtheit ihrer Beziehungen mit dem Willen, sie wie ein Eigentümer zu haben; Gewahrsam oder Detention jedoch das tatsächliche bewusste Innehaben ohne den Willen des Eigentümers. So lautet der letzte Satz des § 2 II 5: . . . . . „Naturalis,[2]) da man die Sache Corpore allein, ohne Absicht, solche für sich oder die Seinigen zu behalten, inne hat, ... welches jedoch nur in uneigentlichem Verstand ein possessio genannt wird, und in der Tat nichts als eine blosse Detention ist."

In ausserdeutschen Gesetzen findet sich der Ausdruck „Gewahrsam" ebenfalls vor; so im österreichischen Bürgerlichen Gesetzbuch von 1811 (§ 309), im Zivilgesetzbuch für Luzern von 1832 (§ 221) und für Zürich von 1854 (§ 522) u. a.

Der erste Entwurf zum Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuche machte die künstliche Unterscheidung zwischen Besitz und Innehabung (oder Gewahrsam). Unter Innehabung war die tatsächliche Gewalt der Person über die Sache zu verstehen, unter Besitz die mit dem Besitzwillen, d. h. dem Willen des Inhabers, die Sache als die seinige zu haben, verbundene — eigens oder durch einen anderen ausgeübte — Inhabung (§ 797).

Gegen diese Regelung des Besitzes wurde in der Literatur fast einmütiger Protest laut. So bemerkt *Ring:* „Es sei zwar zuzugeben, dass gerade in der Besitzlehre die pandektistische Kunst einen stilreinen Prachtbau aufgerichtet habe, in solchem Palast könne aber nur ein Jurist von Gottes Gnaden, nicht jedoch ein Laie und ein Jurist mit bürgerlichem Geistesvermögen wohnen". [3]) *Gierke* [4]) bezeichnet im allgemeinen den fraglichen Abschnitt des Entwurfs als ein gänzlich verschrobenes und verkünsteltes, praktisch unbrauchbares Elaborat der blassesten Doktrin. Erst dem Einfluss der Schriften hervorragender Juristen, wie eines *Jhering, Bekker, Bähr, Dernburg, Strohal* u. a. ist es zu danken, dass die zweite Kommission mit obiger Unterscheidung brach und das Besitzrecht geschaffen wurde, das jetzt das Bürgerliche Gesetzbuch enthält. So

---

[1]) B.L.R. II 5 § 1.

[2]) **Ergänze Possession.**

[3]) **Zusammenstellung gutachtl. Äusserungen** 3. 28.

[4]) **In ebenerwähnter Zusammenstellung,** 3. 28.

erklärt es sich, dass der Gewahrsam ein unserem neuen Rechte fremder Begriff ist.[1]) *Cosack*[2]) spricht allerdings in denjenigen Fällen, in denen jemand eine Sache, ohne für sich selbst eine Herrschaft über sie zu beanspruchen, in seiner Gewalt hat, von einer blossen Inhabung,[3]) (Gewahrsam, Detention) und nennt deshalb auch den Gewalthaber Inhaber (Besitzdiener, Detentor). So auch *Dernburg.*[4])

Im Anschluss an die Kodifikation des bürgerlichen Rechts wurden die mit demselben zusammenhängenden Reichsgesetze einer Neugestaltung unterzogen und besonders wurde die Terminologie einheitlich durchgeführt. Aber dennoch wurde der Ausdruck Gewahrsam in einigen Reichsgesetzen, H.G.B. § 616, C.P.O. §§ 808, 809, 886, K.O. § 44, beibehalten und es frägt sich nun, welche Bedeutung derselbe hier hat. Wenn er in der C.P.O. aufrecht erhalten blieb, so geschah dies nicht versehentlich, weil es keinem Zweifel unterliegt, dass darunter die tatsächliche Herrschaft über die Sache zu verstehen ist, also der unmittelbare Besitz des B.G.B. Die Kommission lehnte deshalb den diesbezügl. Abänderungsantrag ab.[5])

Nicht so glatt liegt die Sache bei § 44 K.O. In der Literatur herrscht über diesen Punkt keine Einigkeit. Nach *Jäger* behält es auch nach dem Inkrafttreten des B.G.B. sein Bewenden damit, dass Gewahrsam hier, wie im bisherigen Rechte,[6]) die tatsächliche Innehabung bedeutet und sonach etwas anderes ist als das Rechtsverhältnis des Besitzes des § 854 B.G.B.[7]) Die andere Meinung[8])

---

[1]) **Fischer-Henle, Anm. 2 zu § 854.**

[2]) **S. 60 ff.**

[3]) **Ob diese Bezeichnung eine glückliche zu nennen ist, ist fraglich, da sie sehr an die Inhabung im Sinne des E. I erinnert, welche das Gesetzbuch überhaupt vermeiden wollte.**

[4]) **Dernburg, I. Bd. III. § 10. § 14. Strohal unterscheidet selbständige und unselbstständige Inhabung J. J. 38. 1 ff.**

[5]) **Prot. z. B.G.B. 6. 717. Vgl. Gaupp-Stein, II. Bd. Anm. II zu § 808; Plank, Vorbemerkung z. Sachenrecht. Anm. 6; Recht 1901 S. 23; Bl. f. R. A. 66. 472.**

[6]) **Vgl. Seufferts Archiv Nr. 79.**

[7]) **Jäger, Anm. 16 zu § 44.**

[8]) **Seuffert S. 96. Hellmann in Birkmeyers Encyklopädie, S. 1030; Meyer Karl, Anm. 2 zu § 44.**

sieht in diesem Gewahrsam den Besitz des B.G.B. Ich gebe im Hinblick auf den analogen Fall in der Zivilprozessordnung der letzteren Ansicht den Vorzug.

Aus diesen Ausführungen erhellt zur Genüge, dass der Gewahrsam im Zivilrecht früher einen bedeutsamen Platz behauptete und dass er in Verbindung mit dem Besitz den Angelpunkt im Besitzrecht früherer Rechtssysteme bildet, während er in unserem neuen Privatrecht fast völlig seiner rechtlichen Relevanz beraubt ist.

In nicht geringerem Masse als die Zivilisten haben sich die Kriminalisten mit dem Gewahrsamsbegriff, der im Strafrecht bekanntlich eine wichtige Rolle spielt, in Wort und Schrift beschäftigt.

Abgesehen davon, dass der Gewahrsam bei der Anwendung mehrerer Strafbestimmungen einiger strafrechtlicher Nebengesetze [1]) des deutschen Reiches schon eine gewisse Beachtung verdient, beansprucht er unser vollstes Interesse bei den Vermögensdelikten des Reichsstrafgesetzbuches, wo er namentlich für die Unterscheidung von Diebstahl und Unterschlagung von fundamentaler Bedeutung ist. Nach einer genauen Definition des Begriffes „Gewahrsam" sehen wir uns allerdings im Reichsstrafgesetzbuche vergebens um. Doch mit Recht; denn ein Gesetz hat nicht die Aufgabe zu definieren, und der Gesetzgeber hat ganz gut getan, es der Doktrin und Praxis zu überlassen, den Begriff „Gewahrsam" auszubilden und festzulegen. Infolgedessen darf es nicht auffallend erscheinen, dass die Ansichten darüber divergieren und die Kontroversen, die sich daran knüpfen, bis heute noch nicht verstummt sind.

Bei der grossen praktischen Wichtigkeit der Frage des Gewahrsamsbegriffes dürfte eine Erörterung desselben nicht uninteressant sein. Das soll der Zweck unseres Themas sein: Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte.

---

[1]) Gesetz gegen den verbrecherischen und gemeingefährlichen Gebrauch von Sprengstoffen vom 9. Juli 1884 §§ 1, 7, 8, 9. Diese §§ sprechen allerdings nur von „Besitz" von Sprengstoffen, Besitz ist aber hier gleich tatsächliche Innehabung, Gewahrsam. Vgl. Rüdorff, II. Anm. zu § 9 des Sprengstoffgesetzes; Süsstoffgesetz vom 7. Juli 1902. In § 8 heisst es: „Der Strafe des § 7 Abs. 1 unterliegen auch diejenigen, in deren Besitz oder Gewahrsam Süssstoffe in Mengen von mehr als 51 Gramm vorgefunden werden . . . . . "; ferner Reichsgesetz vom 3. Juli 1878 betr. den Spielkartenstempel § 12 Was unter Gewahrsam im Sinne dieses Gesetzes zu verstehen ist, vgl. E. 3. 21.

B. Aufgabe.

Wir haben uns vorgesetzt, zu untersuchen, welche juristische Beschaffenheit der Gewahrsam im Strafrechte hat. Unter Strafrecht versteht man die Summe derjenigen staatlichen Rechtsnormen, durch welche an eine strafbare Handlung eines Individuums als Tatbestand die Strafe als Rechtsfolge geknüpft wird. Wir müssten also eigentlich in den Bereich unserer Abhandlung jedwede Strafnorm aufnehmen, in der der Gewahrsam als Tatbestandsmerkmal beachtlich hervortritt. Jedoch schalten wir aus das Strafrecht:

a) der ausserdeutschen Staaten,
b) der deutschen Einzelstaaten,
c) der Militärpersonen

und behandeln demnach nur das bürgerliche Reichsstrafrecht, dessen gesetzliche Quellen sind:

1. das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871 mit seinen Ergänzungen,
2. die sogenannten strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reiches,

die nur wenig und dann nur vorübergehend berührt werden.

Die Paragraphen des St.G.B., bei denen der Gewahrsamsbegriff als Tatbestandsmerkmal in Betracht kommt sind: §§ 168 mit 367 Ziff. 1, 242, 246, 249 mit den einschlägigen Qualifikationen und Privilegierungen und die §§ 289, 291, 350, 370 Ziff. 2, 5 und 6. Das Wort Gewahrsam selbst ist allerdings nur in den Text der §§ 168, 367 Ziff. 1, 246, 350 aufgenommen, während in den übrigen Paragraphen nur von „Wegnehmen“ etc. die Rede ist. Inwiefern nun der fragliche Ausdruck in den aufgezählten gesetzlichen Bestimmungen rechtliche Bedeutung erlangt und wie er zu interpretieren ist, soll bei der Besprechung derselben, die im ersten Abschnitte erfolgt, näher untersucht werden.

Da für die Lösung unserer Aufgabe die verbrecherische Handlung nur vom Gesichtspunkte des Gewahrsams zu betrachten ist, so schenken wir allen anderen Tatbestandsmerkmalen, wie z. B. dem der Rechtswidrigkeit, keine Beachtung. Ebenso dürfte uns durch

die Behandlung der einfachen Delikte eine solche der diesbezüglichen Qualifikationen und Privilegierungen erübrigt sein.[1])

Wir beginnen mit den wichtigsten Strafbestimmungen, nämlich mit Diebstahl und Unterschlagung und reihen daran die diesen verwandten Fälle.

---

[1]) Z. B. die §§ 243, 250 St.G.B. handeln vom sogenannten schweren Diebstahl bezw. schweren Raub. Die beiden Tatbestände sind im Strafgesetzbuch nicht vollständig formuliert, vielmehr ist durch die Ausdrücke „gestohlen, Dieb, Räuber“ auf die Tatbestände des einfachen Diebstahls bezw. des einfachen Raubes hingewiesen.

Erster Abschnitt.

Der Gewahrsam als gemeinsames Tatbestandsmerkmal der §§ 242, 246, 249, 289, 291, 370 Ziff. 2, 5 u. 6, 350, 168 mit 367 Ziff. 1.

§ 2.

Diebstahl und Unterschlagung.

(§§ 242 u. 246.)

§ 242 heisst:

„Wer eine fremde, bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft. Der Versuch ist strafbar".

§ 246 lautet:

„Wer eine fremde, bewegliche Sache, die er im Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft".

Diese beiden Delikte haben miteinander gemein, dass beide ihren Angriff gegen eine im fremden Eigentum stehende bewegliche Sache richten. Während jedoch bei der Unterschlagung die Sache zur Zeit der Zueignung[1]) im eigenen „Besitz

[1]) So der klare und bestimmte Wille des Gesetzgebers. Vgl. E. 10. 261; 17. 59; 19. 38; 22. 306. Olshausen, Anm. 8 zu § 246; Frank, Anm. II. 4 zu

oder Gewahrsam“[1]) des Täters stehen muss, befindet sich beim Diebstahl die Sache in fremdem Gewahrsam.[2]) Das Gesetz sagt dies nicht ausdrücklich, sondern gebraucht die Worte: „einem Anderen wegnimmt“.[3]) Aber gerade deshalb, weil die Handlung in einem Wegnehmen besteht, so wird vorausgesetzt, dass die Sache

---

§ 246; v. Liszt S. 447; Rotering G.S. 36. 575; Maschke, S. 225; a. M. Binding, Normen 2. 542; Binding, Lehrb. S. 275, 276; Berner S. 568: Das „im Gewahrsam hat“ bedeutet in der gesetzlichen Definition der Unterschlagung nur, dass der Täter sich die Sache nicht durch eine strafbare Handlung angeignet hat, also insbesondere nicht durch Diebstahl, Raub, Erpressung, Betrug, sonst lägen diese Misstaten vor. Es ist nicht, wie freilich der unbeholfene Ausdruck zu vermuten verleitet, ein positives, sondern nur ein negatives Erfordernis, vermöge dessen die Unterschlagung den Rest darstellt, welcher nach Abzug aller anderen verbrecherischen Elemente als einfache strafbare Aneignung übrig bleibt. Worin das negative Erfordernis hier liegen soll, ist bei der positiven Ausdrucksweise des Gesetzes nicht einzusehen.

[1]) Zwei Worte und eine Bedeutung. Dies die herrschende Meinung. Frank, Anm. II, IV zu § 246 bezeichnet die beiden Ausdrücke als ἓν διὰ δυοῖν; nach Binding, Lehrb. S. 286 sind sie tautolog. Rotering, J. V. Schr. 33. 1 sagt: „Um die Begriffe als deckende zu bezeichnen, textiert § 246 St.G.B. in Besitz oder Gewahrsam“. Oppenhoff, Anm. 24 zu § 246: „Diese beiden Ausdrücke sind zur Erläuterung gehäuft. Durch sie soll die tatsächliche Innehabung bezeichnet werden.“ H. Meyer S. 544 Anm. 34.

[2]) Der Unterschied kommt am deutlichsten zum Vorschein, wenn wir den Diebstahl im Sinne des älteren deutschen Rechts als ein Diebliches Nehmen, die Unterschlagung als ein Diebliches Behalten bezeichnen. Sachsensp. I, 37: „Svat so ieman vind besakt he's of mandar na vraget, so is it düvech“.

[3]) Das Wort „Gewahrsam“ hatten in den Text aufgenommen das Hamburger St.G.B. von 1868 § 183; das braunschweigische von 1840 § 213; das bayerische von 1861 Art. 271; ferner findet sich Gewahrsam im St.G.B. für den Kanton Thurgau von 1868 § 136 und im St.G.B. für den Kanton Zürich von 1871 § 162. Mit der deutschen Textierung stimmt überein die des St.G.B. für den Kanton Solothurn von 1886 § 142 und die des St.G.B. für den Kanton Basel-Stadt von 1872 § 137. Nicht uninteressant dürfte die Gegenüberstellung der deutschen und der französischen Auffassung des Diebstahls sein. Der code pénal du canton de Genève von 1874 Art. 316, sowie der code pénal de la République et Canton de Neuchâtel von 1891 Art. 361 definieren übereinstimmend mit dem Code pénal: „Quiconque a soustrait frauduleusement une chose, qui ne lui appartient pas, est coupable de vol“. Daraus erhellt, dass das französische Recht zum Diebstahl nur das Wegnehmen einer Sache, ohne zu bestimmen, in welcher Lage sich die Sache befindet, erfordert. Praktisch wird dieses beim Funddiebstahl, der nach deutschem Rechte wie Unterschlagung geahndet wird. Allerdings behandeln die schweizerischen St.G.B. den Funddiebstahl als delictum sui generis, z. B. der codice penale per il cantone de Ticino von 1873 Art 390. Vgl. Stoos, Grundzüge.

vor der Tat und im Zeitpunkte der Tat im Gewahrsam eines anderen sich befunden habe. Unter dem Wegnehmen wird fast übereinstimmend die Aufhebung des fremden Gewahrsams und die Erlangung des eigenen Gewahrsams verstanden.[1])

Als „Verletzter" im technischen Sinne des Wortes gilt bei der Unterschlagung unbestrittenermassen der Eigentümer, beim Diebstahl, wenn Eigentümer und Gewahrsamsinhaber nicht in einer Person zusammenfallen, beide. Ersterer deshalb, weil der Gewahrsam des Diebes die aus dem Eigentum fliessenden Befugnisse vereitelt, letzterer, weil er in seinem rechtlich geschützten Bestand beeinträchtigt und möglicherweise durch die Tat ersatzpflichtig wird.[2])

§ 3.

Der Raub.

(§ 249.)

§ 249 schreibt vor:

„Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendungen von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für

---

[1]) So v. Liszt S. 430; Olshausen, Anm. 24 zu § 242; Oppenhoff, Anm. 42 zu § 242; Hälschner 2. 288; von Schwarze, Anm. 14 zu § 242, E. 21. 110. Wird eine Sache weggenommen und dann zerstört, so liegt Sachbeschädigung vor. Vgl. D.J.Z. 9. 508; E. 11. 239, 26. 230; a. M. Binding, Grundriss 2. 146; Merkel in H.H. 3. 643; H Meyer S. 555; Schütze S. 472 Anm. 10. Nach ihm ist Dieb auch, „wer durch einen Getäuschten den Wegnehmeakt ausführt, indem er die Sache, sei es in natura, sei es im Werte (Preise), sich zueignet". Anders als das deutsche „Wegnehmen" ist das französische „sustraire" auszulegen. (Vgl. obige Textierung). Diebstahl ist nach französischem Recht dann gegeben, wenn der Dieb die Sache von dem Platze, wo sie sich befindet, enfernt hat. Wenn also jemand eine Sache, die er z. B. zur Ansicht in die Hand bekommen hat, sich zueignet, so liegt nach französischer Rechtsprechung nicht Diebstahl vor, während nach deutschem Rechte der Täter einen Diebstahl begangen hat. Denn die Übergabe zur Ansicht hebt den Gewahrsam des Gebers nicht auf. O.R. 11. 387.

[2]) So Frank, Anm. I zu § 247; Olshausen, Anm. 3a zu § 247; Dörr S. 208; Hälschner 2. 306; H. Meyer S. 563. Das Reichsgericht, Rechtspr. 1. 840; 3. 454; E. 10. 210. — Binding, Lehrb. S. 249, Hdb. 1. 662, Merkel, H.H. 3. 712, v. Bar, G.A. 19. 649 sehen nur den Eigentümer als verletzt an. — v. Liszt S. 433, Schütze S. 446 betrachten den Gewahrsamsinhaber als verletzt.— Wichtig wird diese Frage bei der Entscheidung darüber, wer der Antragsberechtigte nach § 247 St.G.B. ist. Aus unserer Ansicht muss gefolgert werden, dass, sobald nur der Eigentümer oder nur der Gewahrsamsinhaber zu den im § 247 St.G.B. aufgezählten Personen gehört, der Diebstahl weder Antragsdelikt noch straflos ist.

> Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus bestraft. . . . .“

Es dürfte auf den ersten Blick klar sein, dass dieser Paragraph den vollständigen Tatbestand des Diebstahls nach § 242 St.G.B. involviert. Deshalb gilt bezügl. des Gewahrsams das eben Ausgeführte. Begrifflich ist der Raub ein aus Angriffen wider die Person und wider das Eigentum sowie den Gewahrsam an einer beweglichen Sache zusammengesetztes Verbrechen.[1]) Zu bemerken wäre noch, dass nach den Motiven (S. 124) der Raub nicht als ein durch Gewalt gegen die Person verübter Diebstahl, noch als eine durch diebische Absicht ausgezeichnete Gewalt, sondern als ein besonderes gegen Person und Eigentum zugleich begangenes Verbrechen anzusehen ist.[2])

§ 4.

Die Pfandkehr.

(§ 289.)

Der weiter hier in Betracht kommende § 289 Abs. 1 hat folgende Fassung:

> „Wer seine eigene bewegliche Sache oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben dem Nutzniesser, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft“.

Wie beim Diebstahl (§ 242 St.G.B.) besteht auch hier die Angriffshandlung in einem „Wegnehmen“. Während aber dort sich dieses gegen jeden anderen, der natürlich nicht der Täter selbst sein darf, richten kann, sofern er nur die Sache in seinem Gewahrsam hat, dass sie ihm weggenommen werden kann, so setzt der § 289 voraus, dass derjenige, dem weggenommen wird, der

[1]) **Olshausen, Anm. 2 zu § 249.**

[2]) **G. A. 38. 347.**

Nutzniesser, Pfandgläubiger, Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsberechtigte[1]) ist.

Sehr bestritten ist nun, ob die Wegnahme im Sinne des § 289 ebenso aufzufassen ist, wie des § 242 St.G.B., nämlich als die Entfernung einer Sache aus dem Gewahrsam, d. i. der tatsächlichen Verfügungsgewalt eines anderen. *Frank*[2]) hauptsächlich und noch andere[3]) bejahen diese Frage, während *Binding*,[4]) *Olshausen*,[5]) *v. Liszt*,[6]) *Lenz*[7]) im entgegengesetzten Sinne sich äussern, mit dem wesentlichen Ergebnis, dass die Wegnahme bald eine Wegnahme der Sache aus tatsächlicher Innhabung, bald aus juristischem Besitze, bald aus dem räumlichen Rechtsbereiche sei; deshalb sei dieses tatsächliche Herrschaftsverhältnis beim Diebstahl ein anderes als bei der Pfandkehr oder mit anderen Worten der Begriff des Gewahrsams stelle sich beim § 289 als ein weiterer dar, als beim Diebstahl.

Das Reichsgericht nimmt in dieser Frage einen Zwitterstandpunkt ein. Einerseits hält der oberste Gerichtshof es für gerechtfertigt, dem Wegnehmen des § 289 den nämlichen Sinn beizulegen wie dem des § 242,[8]) andererseits aber erklärt er den § 289 als zutreffend auch dann, wenn der Mieter heimlich auszieht („rückt"), obgleich der Vermieter vorher den Gewahrsam an den eingebrachten Sachen des ersteren noch nicht erlangt hatte. Zur Begründung führt z. B. das Urteil[9]) vom 13. Februar 1894 des IV.

---

[1]) Ist kein Niessbrauchrecht etc. gegeben, so ist der § 289 von vornherein ausgeschlossen.

[2]) Anm. I. zu § 289.

[3]) Merkel H.H. 3. 835; Hälschner 2. 338 im Sinne des Textes wenigstens; Henle-Schierlinger, Anm. 6 zu § 289; ob Oppenhoff, Anm. 10 zu § 289, erscheint mir zweifelhaft; Dreykluft S. 33.

[4]) Lehrb. S. 319.

[5]) Anm. 7 zu § 289.

[6]) S. 439.

[7]) S. 113; im Anschlusse daran auch Stein S. 4.

[8]) E. 15. 434; 17. 358; 25. 116; zweifelhaft E. 17. 222; G. A. 47. 288.

[9]) E. 25. 116; ferner E. 1. 429; 3. 57; 4. 43; 6. 321; 27. 222; 35. 150; 37. 118 bes. 126; 38. 174 die ähnlich gekünstelte Konstruktionsversuche machen. Nicht aber ist nach E. 25. 115, G.A. 46. 340 der Hypothekenschuldner aus § 289 St.G.B. strafbar, wenn er bewegliche, von der Hypothek ergriffene Zubehörstücke veräussert, weil hier von einem Gewahrsam des Hypothekgläubigers ebensowenig die Rede sein

Strafsenats etwa folgendes aus: „Diese Ausdehnung des Begriffes „Wegnehmen“ beruhe darauf, dass durch die Illation für den Vermieter mit dem Rechte, die Sachen zur Befriedigung wegen der aus dem Mietverhältnisse entstandenen Forderungen als Pfand in Anspruch zu nehmen, zugleich die tatsächliche Möglichkeit geschaffen werde, sich jederzeit in den Gewahrsam derselben zu setzen, sobald er in die Lage komme, von der dem gesetzlichen Pfandrechte entfliessenden Befugnis der Perklusion Gebrauch zu machen. Es trete also ein faktisches Herrschaftsverhältnis des Vermieters zu den Illaten des Mieters hervor, welches mit Grund als ein besitzähnliches und deshalb des Schutzes des § 289 St.G.B. teilhaftiges angesehen werde“.

Man sieht auf den ersten Blick, dass das Reichsgericht, so wie es sich zu der Streitfrage stellt, selbst den Gegnern die Waffe zur Bekämpfung seiner und *Franks* Theorie in die Hand drückt.

Ein Gesetz, ganz einerlei, ob es zum Schutze privater oder publizistischer Interessen gemacht ist, erfüllt nur dann seinen Zweck, wenn es dem praktischen Bedürfnis in jeder Weise entspricht, wenn in seiner Anwendung Resultate erzielt werden, die im Einklang mit dem Rechtsbewusstsein des Volkes stehen. Der Prüfstein hierfür ist beim § 289 St.G.B. das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters. Nach § 559 B.G.B. hat der Vermieter eines Grundstücks für seine Forderungen aus dem Mietsverhältnisse ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters. Als Ausfluss dieses Pfandrechts gestattet der § 561 B.G.B. dem Vermieter die Entfernung der seinem Pfandrecht unterliegenden Sachen auch ohne Anrufen des Gerichts zu verhindern, und wenn der Mieter auszieht, die Sachen in seinen Besitz zu nehmen. Für unsere Betrachtung scheidet zunächst der Fall aus, wenn der Mieter Sachen, deren Entfernung der Vermieter bereits beim Auszuge gehindert und dann in seinen Besitz genommen hat, später auf irgendwelche Weise weg-

---

kann, wie auch bezügl. solcher Pertinenzstücke ein Verhältnis desselben vorliege, welches als ein besitzähnliches angesprochen werden könnte.

Erwähnenswert sind an dieser Stelle der Aufsatz von Blume im Recht 1905 S. 42. und der von Mittelstein in D.J.Z. 10. 58, welche die Rechtsprechung des Reichsgerichts in der vorliegenden Frage, besonders auch nach der zivilrechtlichen Seite hin, einer berechtigten Kritik unterziehen.

nimmt, da hier die Auslegung des Wegnehmens und somit die Anwendung des § 289 weiter keine Schwierigkeiten bereitet. Welches Bewenden aber hat es mit der Anwendung der genannten Gesetzesstelle, wenn der Mieter, obgleich der Vermieter ihm erklärte, dass er sein gesetzliches Pfandrecht an diesen oder jenen Sachen geltend mache, sie aber noch im Besitze des Mieters gelassen hat, heimlich diese Sachen fortschafft? Die unausbleibliche Konsequenz wäre, wollte man streng der *Frank*schen und der reichsgerichtlichen Theorie folgen, dass eine solche Handlung straflos wäre, da ja bei solcher Sachlage unbedingt die Existenz des Gewahrsams im Sinne des Wegnehmens des § 242 negiert werden muss und damit auch der Tatbestand des § 289 entfallen würde. Ebenso würde zu entscheiden sein, wenn der Besitzberechtigte die Pfandsache bei einem Dritten aufbewahrt hat und sie dort der Eigentümer entwenden würde.[1]) Das Reichsgericht sieht freilich bei solchen Fällen die Unzulänglichkeit seiner Interpretation des Wegnehmens im Sinne des § 289 ein und sucht sich deshalb darüber hinwegzuhelfen, mit Begründungen der Art, wie sie oben zitiert wurden, oder es will den Besitz des Vermieters durch seinen Besitz am Grundstücke und dessen geeignete Ausübung begründet sehen.[2]) Zugleich aber muss das Verhalten des Reichsgerichts in dieser Frage als höchst bedenklich erscheinen; denn einerseits proklamiert es den Grundsatz der Gleichheit der beiden Formen des „Wegnehmens", andererseits durchbricht es das aufgestellte Prinzip, indem es beim „rückenden" Mieter eine Ausnahme statuiert, ein Umstand, welcher dieser Theorie noch vollends den Todesstoss versetzt.[3])

Wir kommen also gleich *Binding* und den anderen zu dem Resultate, dass das Wegnehmen des § 289 wohl ein Bruch des Gewahrsams im Sinne des § 242 sein kann, aber nicht notwendig zu sein braucht und dass deshalb zur Erfüllung des Tatbestandes des § 289 jede Handlung genügt, die die Rechtsausübung unmöglich macht. Der Gewahrsam ist deshalb in diesem Falle als ein weiterer aufzufassen als beim Diebstahl.

---

[1]) Vgl. Binding, Lehrb. S. 318.

[2]) E. 1. 429.

[3]) Selbst Frank kann es nicht verkennen, dass die Rechtsprechung des Reichsgerichts der gegnerischen Ansicht entgegengekommen ist.

§ 5.

Der sogen. Munitionsdiebstahl.[1])

(§ 291.)

Der § 291, zu dem wir uns jetzt wenden wollen, lautet:

„Wer die bei den Übungen der Artillerie verschossene Munition, wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schiessstände der Truppen sich widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft".

Den Kardinalpunkt dieses Delikts bilden zwei Fragen, nämlich 1. ob und inwieweit eine Dereliktion der verschossenen Munition vorliegt, soweit eine solche anzunehmen ist, 2. ob der Eigentümer den Gewahrsam daran verloren hat. Was zunächst die erste Frage betrifft, die wir nur kurz berühren wollen, so nimmt man jetzt im Gegensatz zu früher allgemein an, dass die von den Truppen bei den Schiessübungen verschossene Munition nicht in Dereliktionsabsicht[2]) verschossen wird, da die Militärbehörde nach ihr regelmässig und zwar wegen der Höhe des Wertes suchen lässt. Abgesehen davon, geht aus dem besonderen Schutz, den der Staat durch den § 291 der verschossenen Munition angedeihen lässt, deutlich hervor, dass er das Eigentum an derselben nie aufgeben wollte.

Ungleich weniger Einigkeit herrscht hinsichtlich der Gewahrsamsfrage. *Olshausen*[3]) nimmt als zweifellos an, einerseits, dass der Gewahrsam beim Militärfiskus an allem verschossenen Material, das in abgeschlossenen Schiessplätzen bezw. in solchen Kugelfängen sich findet, verblieben, andererseits, dass er an demjenigen Material, das über das räumliche Herrschaftsgebiet des Fiskus hinausgeflogen sei, verloren sei. Je nach den Umständen aber, namentlich der Art der ausgeübten Bewachung, werde die

---

[1]) Diese Bestimmung ist aus der preuss. Kabinettsordre vom 23. VII. 1833 in das preussische Strafgesetzbuch (§ 349 N. 5) als Übertretung übergegangen. R.St.G.B. machte sie zu einem Vergehen und zwar mit Rücksicht auf den erhöhten Wert der Geschosse.

[2]) Binding, Lehrb. S. 310; Frank, Anm. I. zu § 291; Oppenhoff, Anm. 1 zu § 291; Merkel H.H. 3. 838; Rüdorff I § 291; Olshausen, Anm. 2 a zu § 291; Lehr S. 21; Eckardt S. 32 — Dereliktion wird wohl gegeben sein bei der Munition, die bei den Übungen auf hoher See verschossen wird.

[3]) Anm. 2 b zu § 291.

Fortdauer des Gewahrsams zu bejahen oder zu verneinen sein, wenn das Material zwar innerhalb der fiskalischen Schiessplätze, aber entweder in offenen Kugelfängen oder in ganz offenem Terrain niedergefallen sei. *v. Liszt*,[1]) *Berner*[2]) und auch das Reichsgericht[3]) stellen sich auf den Standpunkt, dass § 242 St.G.B. anwendbar sei, wenn die Zueignung aus geschlossenen Schiessplätzen und Kugelfängen geschehe, da nur unter solchen Umständen der Gewahrsam völlig erhalten bleibe. *v. Liszt*[4]) baut diese Folgerung auf die Behauptung auf, das kennzeichnende Merkmal des in Rede stehenden Vergehens liege darin, dass der Gewahrsam der Truppen hier bis zur äussersten Grenze gelockert sei, ohne gänzlich verloren zu gehen.

Zunächst mag *Olshausen* Recht gegeben werden, dass an den über die Schiessplätze hinausgeflogenen Bleikugeln der Gewahrsam für die Militärbehörde verloren geht, während es bei der Munition der Artillerie gleichgültig ist, ob sie innerhalb oder ausserhalb des Artillerieschiessplatzes liegt.[5]) Nicht aber ist dem Satze beizupflichten, dass die Fortdauer des Gewahrsams von der Geschlossenheit der Kugelfänge abhänge. Denn schon die Fassung des § 291, die ganz allgemein von Kugelfängen spricht, lässt eine derartig enge Interpretierung nicht zu und der Gesetzgeber hätte sicherlich nicht verfehlt, entsprechend zu textieren, falls das Gegenteil zutreffen würde. Zudem gibt der Militärfiskus durch unzweideutige Massregeln, wie Aufstellen von Wachtposten, Anbringung von Tafeln seinen Willen dahingehend kund, die Verfügungsgewalt an den in die Kugelfänge eingeschlagenen Geschossen für sich behalten zu wollen, wie er auch die Möglichkeit besitzt, jederzeit seine Verfügungsgewalt, z. B. durch Nachgraben, auszuüben. Damit sind aber alle wesentlichen Momente gegeben, die für das Bestehen eines Gewahrsamsverhältnisses erforderlich erscheinen, wobei es nach der herrschenden Lehre völlig nebensächlich ist, ob die physische Herrschaftsmöglichkeit als eine ausschliessliche begründet ist. Endlich ist auch das schon oben erwähnte Kriterium des „gelockerten

[1]) S. 440.
[2]) S. 627.
[3]) Rechtspr. 2. 490; vgl. G.A. 8. 710.
[4]) a. a. O.
[5]) Oppenhoff a. a. O.; Olshausen, Anm. 1a zu § 291; a. M. Lehr. S. 21.

Gewahrsams“ *v. Liszt* nicht ernst zu nehmen, da dieser Ausdruck viel zu indifferent ist, als dass er den gordischen Knoten auf diesem Gebiete lösen könnte. Weiterhin entfällt aber dieses Merkmal schon deshalb, weil es für die Wiedererlangung der verschossenen Munition keinen Unterschied macht, ob dieselbe in abgeschlossenen oder offenen Schiessplätzen sich befindet. Denn die Militärbehörde hat auch in letztem Falle die Möglichkeit, durch geeignete Massnahmen, wie diese schon mehrmals aufgezählt wurden, sich die Verfügungsgewalt an den Geschossen zu sichern.

Wir haben nun nachgewiesen, dass die von den Truppen bei den Übungen verschossene Munition unter allen Umständen im Eigentum des Miltärfiskus und auch in dessen Gewahrsam verbleibt, insolange es sich um in Schiessplätzen oder Kugelfängen befindliches Material handelt, der Gewahrsam aber an verflogenen Geschossen verloren geht. Deshalb würde in denjenigen Fällen, wo der Gewahrsam fortdauert, die rechtswidrige Zueignung als Diebstahl, wo er nicht erhalten bleibt, als Unterschlagung zu qualifizieren sein. Der Gesetzgeber hat aber diese verschiedenen Fälle im § 291 zu einem einzigen Delikt, zu einem Spezialdelikt, vereinigt, das als solches jede Idealkonkurrenz (§ 73 St.G.B.) mit Diebstahl oder Unterschlagung und deshalb auch die Anwendung der Qualifikationen des Diebstahls und der Unterschlagung ausschliesst.[1]) Nach *Olshausen*[2]) ist allerdings Idealkonkurrenz denkbar, indem § 291 namentlich auch nicht einen begrifflich engeren Tatbestand als die §§ 242, 246 enthielte. Der Ausschluss der Idealkonkurrenz, so meint *Olshausen* weiter, müsste deshalb im Gesetze eine besondere positive Begründung finden, an der es aber fehle. Allein diese Ansicht ist von dem Gesichtspunkte aus unhaltbar, weil, wollte man die Idealkonkurrenz annehmen, das Delikt des § 291 überhaupt nicht begangen werden könnte, ein Resultat, das der Absicht des Gesetzgebers direkt zuwiderlaufen würde.

---

[1]) So Hälschner 2. 312; Merkel, H.H. 3. 838; Binding, Lehrb. S. 311, Normen 1. 116, Anm. 205, 2. 485; Frank, Anm. I zu § 291; Oppenhoff, Anm. 1 zu § 291; H. Meyer S. 574; Rüdorff I § 291; Lehr. S. 23; Eckardt S. 34; Dickel S. 39.

[2]) Anm. 3 zu § 291. v. Liszt aber bestreitet die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz.

§ 6.

Die Übertretungen des § 370.

a) § 370 Ziff. 2.

„Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer unbefugt von öffenlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Anderen gehören, Erde Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Bülten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubnis der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt".

Diese gesetzliche Bestimmung ist deshalb in den Bereich unserer Untersuchung aufzunehmen, da hier der Gewahrsam insofern für sich ein gewisses Interesse beansprucht, als das „Wegnehmen" gleich Gewahrsamsentziehung bedeutet. Dass diese in der „Absicht rechtswidriger Zueignung" geschehe, darf mit Rücksicht auf den Wortlaut des Paragraphen im Widerspruch mit der herrschenden Meinung, die eigentlich einen ausschlaggebenden Grund für die Richtigkeit des Gegenteils nicht ins Feld zu führen weiss, nicht verlangt werden.[1]) Deshalb trägt diese Übertretung eher den Charakter einer Sachbeschädigung, als den eines privilegierten Diebstahls.

b) Der Munddiebstahl.[2])

(§ 370 Ziff. 5.)

„Mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft wird bestraft, wer Nahrungs- und Genussmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet".

So harmlos das Äussere dieses Paragraphen auf den ersten Blick zu sein scheint, so bestritten ist der Inhalt desselben. Ins-

---

[1]) So Olshausen, Anm. d zu § 370 Nr. 2; Frank, Anm. 1 zu § 370; a. M. Oppenhoff, Anm. 5 zu § 370; Rüdorff I, Anm. 2 zu § 370; Binding, Lehrb. S. 310; Berner S. 730; Hälschner 2, S. 309. O.R. 19. 467.

[2]) Technisch juristisch meistens „Mundraub" genannt. Einen schlechteren Ausdruck hätte man nicht ersinnen können. Besonders ist die Kombination mit „Raub" ein Nonsens. Jedenfalls kommt „Munddiebstahl" oder „Genussmitteldiebstahl" der Sache am nächsten.

besondere ist Streit darüber entbrannt, wie das „Entwenden“ auszulegen ist. Zunächst geht die herrschende Lehre dahin,[1]) dass der Genussdiebstahl sich als privilegierter Fall des Diebstahls darstellt. „Die Eigenart der Übertretung liegt nur in Qualität und Quantität, in dem Werte des Objekts und in der auf den alsbaldigen Verbrauch gerichteten Absicht, also in Umständen, welche mit den Tatbestandsmerkmalen des Diebstahls nicht in Widerspruch treten.“[2]) Ein Teil der Schriftsteller geht jedoch weiter und sieht in dem Genussmitteldiebstahl nicht nur einen Spezialfall des Diebstahls, sondern gleichzeitig der Unterschlagung, da es nicht einzusehen sei, warum die gegenüber dem Diebstahl gegebene Ausnahmsvorschrift nicht auch gegenüber dem Tatbestand der Unterschlagung in Anwendung kommen sollte. Das Gewahrsamsverhältnis des Täters, das doch sonst strafmildernd ins Gewicht falle, würde hier ja die entgegengesetzte Reaktion erzeugen. Im übrigen komme hier der indifferente Ausdruck „Entwenden“ trefflich zu Hilfe.[3]) Dieser letzte Grund, den man am meisten ausbeuten will, kann nicht ausschlaggebend verwertet werden, weil der Sprachgebrauch eine kautschukartige Dehnung des Wortes „entwenden“ in diesem Sinne nicht gestattet, dass darunter auch „unterschlagen“ ver-

---

[1]) Olshausen, Anm. a zu § 370 Ziff. 5; Oppenhoff, Anm. 17 zu § 370; Frank, Anm. 5 zu § 370; Hälschner 2. 310; Binding, Handb. 1. 335; Lehrb. S. 306; Berner S. 560; James Goldschmidt G.A. 47. 261 ff.; Süssheim, G.S. 60. 340; dagegen ist nach Geyer, Z. f. g. St. W. 2. 303, H. Meyer S. 564; Schlosky S. 2 ff., Friedländer, Z. f. g. St. W. 11 396 ff. der Munddiebstahl ein delictum sui generis. So auch v. Liszt S. 441; der Satz: „Wegen ihrer durchaus selbständigen Natur darf diese Entwendung in keiner Beziehung . . . als eigentlicher Diebstahl betrachtet werden“ führt mich zu dieser Annahme.

[2]) So wörtlich das Reichsgericht E.E. 3. 423; 24. 38; vgl. auch 5. 404; 6. 325; 9. 297; 12. 8; 17. 332; auch anscheinend E.O.L. 1. 232.

[3]) So besonders Frank S. 526; Binding, Lehrb. S. 307; Olshausen, Anm. a zu § 370 Ziff. 5; Friedländer, Z. f. g. St. W. 11. 399; Schlosky S. 2 ff., der noch § 289 St.G.B. hereinzieht, was natürlich gar keine Berechtigung hat; a. M. Hugo Meyer S. 564; Oppenhoff, Anm. 17 zu § 370; von Schwarze, Anm. zu § 370; Henle-Schierlinger zu § 370 Ziff. 5; Süssheim a. a. O.; Appelius, Kr. V. Schr. 40. 451.

Wir müssen verzichten, diese Kontroverse eingehend zu behandeln, da sie nicht in erster Linie in den Bereich unserer Aufgabe gehört. Im übrigen kann es für uns an sich gleichgültig sein, ob der § 370 Ziff. 5 ausser dem Diebstahl noch den Tatbestand der Unterschlagung enthält.

standen werden dürfte. Etymologisch bedeutet „entwenden", wie ich nach der übereinstimmenden Anschauung rühmlichst bekannter Germanisten feststellen konnte, ab-, wegwenden, namentlich zu Unrecht oder heimlich, daher die Bedeutung stehlen.[1]) Nirgends konnte ich den leisesten Anhaltspunkt finden, der der Annahme Raum geben würde, dass „entwenden" neben „stehlen" auch „unterschlagen" heisst. Was den anderen Grund, nämlich die angebliche Inkonsequenz der Ausschliessung der Unterschlagung vom Tatbestand des § 370 Ziff. 5 betrifft, so darf er ebenfalls nicht als stichhaltig ins Feld geführt werden. Unbestritten ist, dass der Gesetzgeber bei der Genussmittelentwendung von der Diebsstahlstrafe nicht Gebrauch machen wollte, da ihre Anwendung mehr als nötig die Strenge und Härte des Gesetzes fühlen lassen würde. Die Unterschlagung ist aber im Höchstmasse fast regelmässig mit einer milderen Strafe belegt als der einfache Diebstahl. Zudem lässt § 246 Abs. II St.G.B. im Gegensatz zu § 242 St.G.B. mildernde Umstände zu, so dass sogar auf Geldstrafe bis zu 3 Mark herab erkannt werden kann. Schliesslich könnten wir uns noch, wenn es nicht zu weit führen würde, auf die Entstehungsgeschichte des § 370 Ziff. 5 berufen, die unsere Ausführungen nur noch bekräftigen würde.

Diese kurzen Erwägungen lassen keinen Zweifel frei, dass der § 370 Ziff. 2 nicht die Unterschlagung, sondern lediglich den Diebstahl erfassen will. Das Resultat also: „Entwenden" ist nicht ein weiterer Begriff als „Wegnehmen",[2]) bedeutet vielmehr dasselbe, nämlich die Aufhebung des fremden Gewahrsams und Erlangung des Eigenen. Damit ist die Einbeziehung des § 370 Ziff. 5 in unsere Abhandlung gerechtfertigt.

c) § 370 Ziff. 6.

Der hier weiter in Betracht kommende Paragraph 370 Ziff. 6 bestraft denjenigen,

---

[1]) Heyne 1. 771; Paul S. 117; Grimm, Wört. B. 3. 653; Wenn Friedländer a. a. O., Fussnote 130 aus der Bedeutung „abwendig machen" folgert, dass dieses aber auch möglich sei, wenn der Täter im Besitz ist, so mag dieses nur scheinbar Richtigkeit für sich beanspruchen. Durch den Sprachgebrauch wird Friedländer widerlegt.

[2]) a. M. Binding, Lehrb. S. 307 Anm. 1; Friedländer a. a. O. S. 398 und 399.

„der Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigentümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern, mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft".

Die pönalisierte Handlung richtet sich zwar auch hier gegen eine im fremden Eigentum und Gewahrsam stehende Sache, aber es ist dieses Delikt ein vom echten Diebstahl generisch verschiedenes, da die Absicht rechtswidriger Zueignung fehlt[1]), die lediglich dahingeht — und das ist das charakteristische Merkmal an dieser Übertretung — das Vieh des Eigentümers selbst zu füttern und deshalb ihm den Gewahrsam an dem Futter zu entziehen. Anders natürlich, wenn die Wegnahme aus dem Gewahrsam des Eigentümers erfolgt in der Absicht der Verfütterung an das Vieh eines Dritten; die Anwendbarkeit des § 370 Ziff. 6 ist dann ausgeschlossen, und es tritt die Diebstahlsstrafe ein, insofern nicht etwa die Feld- oder Forstpolizeigesetze[2]) eingreifen.

§ 7.

§§ 168 Satz 1, 367 Z. 1 Satz 3.

Nach § 168 Satz 1[3]) wird derjenige mit Gefängnis bis zu 2 Jahren bestraft,

„der unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt".

Abweichend von § 242 St.G.B. spricht § 168 ausdrücklich von der Wegnahme aus fremdem Gewahrsam. Da aber eine Leiche[4])

---

[1]) Ebenso v. Liszt S. 442; Olshausen, Anm. a zu § 370 Ziff. 6; Oppenhoff, Anm. 29 zu § 370 Ziff. 6; Frank, Anm. VI zu § 370 Ziff. 6; Rüdorff I, Anm. 5 zu § 370 Ziff. 6; Rotering G.S. 36. 530; Binding, Lehrb. S. 316; (abw. früher Normen 1. 214 No. 10); Berner S. 731; H. Meyer, S. 555 Anm. 35.

[2]) Vgl. § 2 E.G. zu St.G.B.

[3]) Vielfach mit Unrecht Leichendiebstahl oder Leichenraub genannt, da ein Diebstahl im Sinne des § 242 St.G.B. nicht gegeben ist. Denn nach § 168 ist die Voraussetzung, dass die Leiche nicht Objekt eines Eigentumsrechtes geworden ist.

[4]) „Leiche" ist die entseelte Hülle eines Menschen, solange der Zusammenhang der einzelnen Teile des Körpers nicht völlig gelöst ist; also nicht der totgeborene Fötus und die Asche des Verbrannten. v. Liszt S. 400; Frank, Anm. I zu § 168. Binding, Lehrb. S. 184; Berner S. 713; Olshausen, Anm. 2 zu § 168; Kohler 1. 205. Cramer S. 20 erkennt als Leiche nur den entseelten Körper

im Sinne der letztgenannten Gesetzesstelle nicht wie andere Sachen als im Eigentum stehend besessen wird, so hat man nach der von den meisten Kriminalisten vertretenen Ansicht hier nicht an „Gewahrsam“ im Sinne des § 242 St.G.B. zu denken. Vielmehr bezeichnet der genannte Ausdruck „eine tatsächliche Obhut, Bewahrung, ein Aufsichts- bezw. Bewachungsverhältnis“.[1])

Als berechtigt zur Ausübung des Gewahrsams in diesem Sinne können die verschiedensten Personen in Betracht kommen. Als solche sind zuerst die zu nennen, welchen die Verpflichtung für die Bestattung obliegt, z. B. die nahen Verwandten oder der Erbe. Bevor auf diese der Gewahrsam übergegangen ist, diejenigen, welche denselben tatsächlich ausüben, z. B. die Polizei (bei aufgefundenen Leichen) oder die Krankenhausverwaltung. Sind keine Berechtigten vorhanden, wie bei der Leiche eines auf einem Berge verunglückten Wanderers oder bei Leichen, die von Flüssen ans Land geschwemmt werden, so kann das Delikt des § 168 nicht begangen werden.[2])

Nach der Bestattung einer Leiche auf einem öffentlichen Begräbnisplatze kommt der Gewahrsam an ihr[3]) im allgemeinen dem Eigentümer des öffentlichen Begräbnisplatzes zu, der in der Regel eine politische oder kirchliche Gemeinde ist,[4]) nicht aber dem Besitzer der einzelnen Grabstätte,[5]) es sei denn, das die Bestattung auf privatem Grund und Boden, in einem privaten Erbbegräbnisgewölbe erfolgt ist. Dann ist der Berechtigte der Eigentümer des Grabgewölbes.[6]) Im ersten Falle kann demnach der frühere

---

vom Eintritt des Todes bis zur Bestattung an. Bestritten ist, ob ein zwar totgeborenes, aber entwickeltes Kind als Leiche gilt. Verneint wird die Frage von Crusen S. 31; v. Liszt S. 400; Binding, Grundriss 2. 86. A. M. Frank a. a. O.; Olshausen a. a. O.; Kohler a. a. O. Wir halten das letztere für das Richtige.

[1]) Rotering G.S. 35. 355; Villnow G.S. 31. 584; Kohler 1. 211; Crusen S. 42 ff.; E. Merkel S. 35; Frank, Anm. I zu § 168; Olshausen, Anm. 3 zu § 168; v. Liszt S. 400; Binding, Lehrb. S. 185.

[2]) Herrschende Meinung. Anwendbar ist jedoch § 367 Satz 1 St.G.B.; so Binding, Lehrb. S. 186; Olshausen a. a. O.; E. Merkel S. 40; Meyer S. 759; a. M. Crusen S. 43 ff; Hälschner 2. 717, der bestreitet, dass es Leichen gäbe, die in niemands Gewahrsam stünden.

[3]) Nicht aber auch an den dem Toten mitgegebenen Sachen; vgl. § 18 unserer Abhandlung.

[4]) Herrschende Meinung; vgl. bes. Kohler 1. 204 ff., E. 28. 139.

[5]) Vgl. § 18 unserer Abhandlung.

[6]) Olshausen, Anm. 4 b zu § 168; Kohler 1. 208.

Berechtigte durch Wegnahme der Leiche oder derjenige, der die Bewachung für eine andere Person übernommen hat, z. B. der Totengräber, sich nach § 168 strafbar machen. Denn dieser übt nur den Gewahrsam für die von ihm vertretene Person aus.[1]) Im zweiten Falle begeht natürlich jeder andere, als der Eigentümer des Grabgewölbes, das Vergehen des § 168.

Die Handlung besteht in der Wegnahme d. h. Bruch des fremden Gewahrsams, ohne das zur Erfüllung des Tatbestandes der fraglichen Gesetzesstelle die Begründung des eigenen Gewahrsams[2]) notwendig ist, da man diese nach *Frank*[3]) mit Rücksicht auf den Zweck der Bestimmung nicht verlangen darf. Deshalb ist das Delikt auch dann begangen, wenn sich jemand einer Leiche, auch ohne sie wegzutragen, bemächtigt und den Berechtigten hindert, seine tatsächliche Verfügungsgewalt geltend zu machen, oder wenn jemand eine Leiche unbefugterweise vernichtet, kurz, wenn irgend eine Handlung verübt wird, die jede Gewahrsamsausübung seitens des Berechtigten für vorübergehend oder dauernd unmöglich macht.

Bezüglich des § 367 Ziff. 1 Satz 3 St.G.B., wonach derjenige, der unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, mit Geldstrafe bis zu 150 Mark oder mit Haft bestraft wird, gelten die soeben entwickelten Grundsätze im vollen Umfange, da dieser Paragraph lediglich den Tatbestand des § 168 Satz 1 St.G.B. enthält, nur mit der Modifikation, dass es sich um einen „Teil“ einer Leiche handelt.

§ 8.

§ 350.

Diese Gesetzesstelle sagt:

„Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen, oder in Gewahrsam

---

[1]) Olshausen, a. a. O.; Frank, Anm. 1 zu § 168; Oppenhoff, Anm. 2 zu § 168; v. Liszt S. 401; Schütze S. 348 No. 9; Mewes G.S. 27. 368; Villnow G.S. 31. 584; E. Merkel, S. 38; a. M. v. Schwarze, Anm. 2 zu § 168; Crusen S. 45, der Totengräber könne sich nur eines Amtsvergehens schuldig machen.

[2]) Villnow a. a. O.; Binding, Lehrb. S. 186; Olshausen, Anm. 5 zu § 168; Oppenhoff a. a. O.; Frank a. a. O.; E. Merkel S. 43; ähnlich Crusen S. 49; a. M. Cramer S. 58 Anm. 1: Unter Wegnehmen sei a loco in alium locum zu verstehen.

[3]) Anm. I zu § 168.

hat, unterschlägt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden".

Dieser Paragraph enthält lediglich einen durch die Person des Täters qualifizierten Fall der Unterschlagung. Aber nicht jede von einem Beamten begangene Unterschlagung ist eine Amtsunterschlagung; vielmehr wird objektiv verlangt, das der Beamte das Objekt in amtlicher Eigenschaft empfangen oder im Gewahrsam hat. Das Wort „Gewahrsam" hat hier seine technisch strafrechtliche Bedeutung, d. h. Verfügungsgewalt in dem Sinne, wie er in unserer Arbeit näher analysiert wird.

Wir haben nun den Nachweis erbracht, inwiefern der Gewahrsam in den §§ 242, 246, 249, 289, 291, 370 Ziff. 2, 5 und 6, in denen das „Wegnehmen" eine Rolle spielt und in den §§ 168 und 367 Ziff. 1, 350 St.G.B. als gemeinsames Tatbestandsmerkmal fungiert.

Ehe wir darauf eingehen, eine Definition des Gewahrsams zu geben und über dessen Erwerb, Verlust etc. zu sprechen, obliegt es uns zunächst, zu prüfen, ob der Gewahrsam vielleicht mit dem zivilrechtlichen Besitz kongruent ist. Denn die Lösung unserer Aufgabe ist durch die Entscheidung dieser Frage bedingt. Angenommen, die Kongruenz der beiden Begriffe würde zutreffen, so müssten die Rechtssätze des Privatrechts über Besitz angewendet werden, für die Entscheidung der Fragen, was unter Gewahrsam zu verstehen ist, wo er vorhanden ist, wo nicht etc.

Die Folge wäre, dass die Bearbeitung unseres Themas sich demnach auf ganz anderen Bahnen bewegen müsste, als bei Annahme eines eigenen, strafrechtlichen Gewahrsamsbegriffes, so dass sich schliesslich, wenn auch nicht eine entgegengesetzte, so doch eine in sehr vielen Punkten abweichende Lösung ergeben würde.

Zweiter Abschnitt.

Inkongruenz des strafrechtlichen Gewahrsams und des zivilrechtlichen Besitzes.

§ 9.

I. Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Wie das Bürgerliche Gesetzbuch keine Definition des Besitzes gibt, so findet sich auch in unserem Strafgesetzbuche keine Andeutung darüber, welches der Begriff des Gewahrsams sei.

Was Wunders, wenn man schon in der früheren Zeit beim Zivilrecht eine Anleihe machte und den Satz aufzustellen suchte, man müsse bei der Begriffsbestimmung des Gewahrsams die zivilrechtlichen Normen in Anwendung bringen; denn strafrechtlicher Gewahrsam und zivilrechtlicher Besitz seien kongruente Begriffe. Schliesslich wurde man darüber einig, dass wie *Hälschner* in seinem Deutschen Strafrecht (1889 S. 283) sagt, dass . . . . „in Betreff des Gewahrsams ebensowenig wie in Betreff der beweglichen Sache auf die zivilrechtlichen Bestimmungen zurückzugreifen ist". [1]) In demselben Sinne äussert sich *Merkel*: [2]) „Im Strafgesetzbuche liegt jedoch hier keine (direkte oder indirekte) Hinweisung auf das Zivilrecht, und die Natur der Sache weise uns offenbar darauf hin, strafrechtliche, nicht zivilistische Gesichtspunkte für die Abgrenzung des Diebstahls zu gewinnen". Der gleichen Ansicht sind

[1]) Im gleichen Sinne Hälschner, System 3. 429.
[2]) H.H. 3. 638.

Schütze (S. 430), *Oppenhoff*,[1] *Olshausen*,[2] *Rotering*,[3] *v. Liszt*,[1] *Maschke*,[5] *Binding*,[6] u. a.

Mit der Theorie geht Hand in Hand die Praxis. So die übereinstimmende Rechtsprechung des preusischen Obertribunals. Auf dem gleichen Standpunkt steht das Reichsgericht. Es heisst z. B. in der Entscheidung[7] vom 3. Mai 1897: „Der Gewahrsam bildet ein tatsächliches Verhältnis, für dessen Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die am betreffenden Orte geltenden zivilrechtlichen Vorschriften über Besitz und Detention nicht massgebend sind“.[8]

Dieselbe Stellung hat das Reichsgericht gegenüber dem Sprengstoffgesetz vom 9. Juni 1884 eingenommen. Dieses Gesetz gestattet nämlich in seinem § 1 ausser der Herstellung und dem Vertriebe auch den Besitz von Sprengstoffen nur mit polizeilicher Genehmigung. Die §§ 7—9 bedrohen sodann unter verschiedenen Voraussetzungen den Besitz von Sprengstoffen mit schwerer Strafe. Diesem Begriffe jedoch den zivilrechtlichen Sinn zu unterstellen, wäre grundfalsch und würde zu Konsequenzen führen, die der Absicht des Gesetzgebers direkt zuwider laufen würden. Denn wäre nur für den juristischen Besitzer die polizeiliche Genehmigung vorgeschrieben, so hätten diese diejenigen nicht notwendig, die in einem Abhängigkeitsverhältnis zu ihm — dem juristischen Besitzer — stehen, z. B. seine Arbeiter, da sie ja durch seine Erlaubnis gedeckt wären, während der Zweck des Gesetzes doch darauf hingeht, dass jeder, der Sprengstoffe nur in tatsächlichem Gewahrsam hat, polizeilicher Genehmigung hierzu bedürfe. Es hat deshalb das Reichsgericht in konstanter Rechtsprechung dahin entschieden, das in dem Gesetze das Wort „Besitz“ nur in seinem tatsächlichen Sinne

---

[1]) Kommentar 1896, Anm. 16 zu § 242.

[2]) Kommentar 1892, Anm. 15 zu § 242.

[3]) G.S. 35. 354, 38. 290.

[4]) 3. Auflage 1888 S. 408.

[5]) S. 225.

[6]) Grundriss II S. 149, ferner Hans Ewald. Entgegengesetzt nur Kapff S. 60: „Diese Begriffe, nämlich Besitz und Gewahrsam — können jedenfalls für das Gebiet des gemeinen römisch-deutschen Privatrechts als gleichbedeutend mit dem zivilistischen Begriffe des Besitzes und der Detention angesehen werden, da die letzteren der Natur der Sache und dem hergebrachten Wortsinn entsprechen“.

[7]) E. 30. 88.

[8]) Vgl. ferner E. 5. 4; 10. 257; 23. 75; 29. 209.

und nicht in der technisch zivilrechtlichen Bedeutung hat verstanden werden sollen.[1])

§ 10.

II. Rechtslage nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Fast schien ein einheitlicher Rechtsstandpunkt erreicht zu sein. Da kam der 1. Januar 1900, der uns als Neujahrsgeschenk das neue bürgerliche Recht brachte und mit ihm die langersehnte Rechtseinheit für ganz Deutschland. Nun hielten die begeisterten Bewunderer der neuen Zivilgesetzgebung es bereits für ausgemacht, dass dieselbe ihren Einzug auch in unsere Strafgerichtssäle halten und binnen kurzem unsere Strafrechtspflege voll und ganz beherrschen werde. Mit nichten! Es mag ja zugegeben werden, dass das B.G.B. an unserem Strafrecht nicht spurlos vorübergehen wird, soweit für den strafrechtlichen Tatbestand rein privatrechtliche Begriffe und Rechtsverhältnisse, wie z. B. Kauf, Ehe etc., in Betracht kommen, aber soviel steht fest, dass die Einwirkung keine prinzipielle sein wird.[2])

Hervorragende Juristen haben sich mit der Frage der Einwirkung des B.G.B. auf das Strafrecht beschäftigt; namentlich wurde in der Literatur das Thema einer lebhaften Erörterung unterzogen, ob die neue Besitzlehre einen Einfluss auf das strafrechtliche Gebiet üben werde, oder mit anderen Worten, ob strafrechtlicher Gewahrsam und zivilrechtlicher Besitz von nun an die gleiche Bedeutung haben.

Die weitaus grösste Mehrzahl der Schriftsteller negiert diese Frage.

Den Reigen mag *Lobe* eröffnen, dem mit *von Bülow* das Verdienst gebührt, zuerst auf diesem Gebiete den richtigen Weg gezeigt zu haben. So kommt ersterer in seiner trefflichen Schrift[3]) zu dem Schlusse, dass die Frage, ob Besitz im Sinne der §§ 242 und 246 St.G.B. vorliegt, künftig noch gerade wie bisher ganz unabhängig von den Bestimmungen über Besitz, die das Zivilrecht

---

[1]) Vgl. E. 12. 244, 256; 13. 90; 36. 159.

[2]) Vgl. den Aufsatz: „Der Einfluss des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Strafrecht" von Richard Schmidt. D. J. Z. 5. 146.

[3]) Lobe S. 28 ff.

gibt, zu beantworten ist, während letzterer den gleichen Standpunkt, besonders für den Erbenbesitz, mit aller Entschiedenheit verficht.[1]) Im gleichen Sinne äussert sich *Binding*,[2]) in dem die Selbständigkeit des strafrechtlichen Gewahrsams wohl einen der wärmsten und bedeutendsten Verteidiger gefunden hat. Nach *Frank*[3]) ist der Begriff des Gewahrsams ein spezifisch strafrechtlicher. *Olshausen*[4]) spricht davon, dass es sich hier überhaupt nicht, wie bei dem Begriff der „fremden" Sache, um zivilistische Gesichtspunkte handelt. Der herrschenden Lehre scheint sich jetzt auch *Kober*[5]) anzuschliessen, während er früher geneigt war, einen Einfluss der neuen Besitzlehre auf das Strafrecht mit den Worten zuzugestehen: „Ein besonderer strafrechtlicher Besitzbegriff wird sich bei nunmehriger Übereinstimmung des zivilrechtlichen Besitzes nicht mehr halten lassen". Schliesslich sind noch zu benennen *Oppenhoff*,[6]) *Richard Schmidt*,[7]) *Rotering*,[8]) *Biermann*.[9])

v. Liszt[10]) meint, der Begriff des strafrechtlichen Gewahrsams decke sich mit der Begriffsbestimmung des Besitzes in § 854 B.G.B. Dagegen müsse abweichend vom B.G.B. §§ 855 und 868 dem Besitzdiener der Gewahrsam zugesprochen, dem mittelbaren Besitzer abgesprochen werden und der Erbe erlange trotz B.G.B. (§ 857) den Gewahrsam erst mit der tatsächlichen Gewalt. Diese Lösung der Streitfrage, so bestechend sie auf den ersten Blick ist, trifft eigentlich doch nicht den Kern der Sache, da sie der Schwierigkeit eher

---

[1]) G. A. 45. 321.

[2]) Lehrb. S. 243 ff. Binding sagt absichtlich „Besitz" statt „Gewahrsam".

[3]) Anm. zu § 242.

[4]) Anm. 15 zu § 242.

[5]) Staudinger Komm. 3. 6; vgl. I. Aufl. 3. 6.

[6]) Anm. 16 zu § 242.

[7]) D. J. Z. 5. 146.

[8]) G. A. 47. 252, neuestens auch J. V. Schr. 33. 11. ff. Annalen 38. 295.

[9]) S. 4, richtig ferner Henle-Schierlinger, Anm. 4 zu § 242; Kniep S. 43; Seeliger S. 15; Ernst Ewald S. 10 ff.; Hans Ehrenhard S. 19 ff.; ferner der österr. Rechtslehrer Janka in seinem österr. Strafrechte (S. 252); auch Planck, 6. Anm. 1 zu Art. 34 E.G. z. B.G.B.; zweifelhaft Lammasch, Grundriss S. 54.

[10]) S. 428; Fussnote 5 in d. 9. Aufl., S. 446, lautete der 2. Satz: „Soweit das B.G.B. Besitz fingiert, wo die tatsächliche Gewalt durch blosse rechtliche Befugnis ersetzt ist (§ 868), sind diese Fiktionen ohne strafrechtliche Bedeutung.

ausweicht, statt ihr auf den Grund zu gehen. Im übrigen ist es m. E. für den strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff ganz unbeachtlich, ob er sich mit dem unmittelbaren Besitz des B.G.B. deckt oder nicht. Ähnlich wie *v. Liszt* äussert sich *Strohal*;[1]) nur beim Erbbesitz, meint er, entstünden Zweifel. Hier sei aber nach B.G.B. ein rechtlich geschütztes Gewaltverhältnis vorhanden und das übe auch strafrechtlich seinen Einfluss aus. Dem § 857 B.G.B. hiermit strafrechtliche Bedeutung anzusinnen, ist, wie später gezeigt wird, gänzlich verfehlt.

Abseits der herrschenden Meinung steht zunächst *Bekker*. Er ist der Überzeugung, dass bei einem einheitlichen Privatrechte für ganz Deutschland ein eigener strafrechtlicher Gewahrsamsbegriff neben dem zivilrechtlichen Begriff sich unmöglich mehr werde halten können. Eine Ausgleichung und Vereinigung der beiden Besitzbegriffe scheine zwingend erfordert. Deshalb hält er eine Änderung des Strafgesetzbuches dahingehend geboten, dass in § 246 von den beiden Ausdrücken: „Besitz“ oder „Gewahrsam“ der letztere wegzulassen sei.[2]) Zu einem ähnlichen Resultat gelangt *Stenglein*, nach dessen Ansicht das B.G.B. die vielfach bestrittenen Begriffe „Besitz“ und „Gewahrsam“ vereinfache und den Besitz mit dem bisher im Strafrechte adoptierten Begriff des Gewahrsams, als der tatsächlichen Gewalt über die Sache, § 854 B.G.B., identifiziere. Es fallen also, so argumentiert er weiter, alle Kontroversen darüber hinweg, wo Gewahrsam stattfinde, wo nicht. Dies geschehe noch in weit höherem Masse durch Einzelbetimmungen des B.G.B.[3]) Dies Resultat möchte ja erfreulich sein, aber eine Begründung ist nicht zu finden. Es geht doch entschieden zu weit, nur aus dem Umstande der zufälligen Gleichheit der Begriffsbestimmung des strafrechtlichen Gewahrsams und des zivilrechtlichen Besitzes den Schluss zu ziehen, dass in Zukunft strafrechtlicher Gewahrsam nur dann immer gegeben sei, wenn nach den Vorschriften des B.G.B. Besitz anzunehmen sei. Schliesslich räumt *Stenglein*, um gründlich zu sein, mit allen Reichsgerichtsentscheidungen auf, indem er sie von nun an präjudiziell bedeutungslos hält, da an Stelle des

---

[1]) **Sächs. Archiv** 8. 319.
[2]) **J. J. 34. 63 ff.**
[3]) **Stenglein, Lexikon** 1. 751.

Präjudizes das Gesetz trete. Zur Erläuterung führt er verschiedene Entscheidungen auf und wendet auf sie diesen Satz an.[1])

Zu erwähnen wäre noch, dass nach *Stenglein* auch unter dem Besitze im Sinne des Sprengstoffgesetzes, das m. E. am wenigsten in dieser Beziehung zivilrechtliche Einwirkung ertragen kann, der Besitz des B.G.B. zu verstehen sei.[2])

Nicht minder kühn ist *James Goldschmidt*,[3]) der die Behauptung aufstellt, als Symptom für die Kongruenz der Begriffe des strafrechtlichen Gewahrsams und des bürgerlich rechtlichen Besitzes sei insbesondere anzusehen, dass in Betreff des Besitzes des B.G.B. derselbe Streit über das Requisit des Willens entstanden sei, der sich auch über den strafrechtlichen Gewahrsam erhoben habe.[4])

Das Reichsgericht, das, wie bereits dargetan, vor dem 1. Januar 1900 konstant daran festgehalten hat, dass Gewahrsam und zivilrechtlicher Besitz nicht zusammen fallen, will auch unter der Herrschaft des B.G.B. diesen Grundsatz beibehalten. Dafür spricht z. B. das Urteil des IV. Strafsenats vom 30. Oktober 1900, das in einer jeden Zweifel ausschliessenden Weise ausspricht, dass die Frage, ob eine Sache sich in fremdem Gewahrsam befindet, und somit von einem Wegnehmen im Sinne des § 242 St.G.B. die Rede sein kann, nur die strafrechtlichen Begriffsbestimmungen, nicht die Vorschriften des bürgerlichen Rechts entscheidend sind.[5]) Ferner spricht die Entscheidung vom 19. April 1901 nicht nur dem § 857 B.G.B. jede Bedeutung für das

---

[1]) Ich will es mir nicht entgehen lassen, ein Beispiel davon zu bringen, um zu zeigen, zu welchen schiefen Resultaten Stenglein gelangt. Es ist dies das Urteil im Bd. X. 257. Eine Pflegerin hatte einer demnächst Verstorbenen ein Wertpapier an sich genommen, und es war zweifelhaft, ob dieses noch bei Lebzeiten der Verlebten oder nachher geschehen war. Für den letzteren Fall erklärte das Reichsgericht für zweifelhaft, ob die allein anwesende Klägerin nicht bei dem Tode, bis zur Besitzergreifung durch den Erben oder das Gericht, den Gewahrsam erlangt habe. Dies entscheidet, glaubt Stenglein, § 857 B.G.B. vergl. S. 42.

[2]) Stenglein, Neb. Ges. S. 647.

[3]) G.A. 47. 352 ff.

[4]) Der Vollständigkeit halber sei noch die flüchtige Bemerkung Hans Ewalds (S. 18) zu dieser Frage zitiert: „Erst nach Einführung des B.G.B. wäre es möglich, hier seine Zuflucht zu zivilrechtlichen Begriffen zu nehmen". Zu der gleich irrigen Anschauung bekennt sich anscheinend auch Neukamp in Elster Wörterbuch 1. 359.

[5]) G.A. 47. 441.

Strafrecht ab, sondern lehnt unserer Meinung nach durch den Satz: „Der Paragraph 242 St.G.B. will nicht ein im bürgerlichen Rechte anerkanntes Verhältnis schützen“ eine diesbezügl. Einwirkung der neuen Besitzlehre auf das strafrechtliche Gebiet ab. [1])

Schliesslich dürfte das musterhaft begründete Urteil des I. Strafsenats vom 6. Juni 1904 die vorliegende Kontroverse für Theorie und Praxis nach jeder Richtung hin prinzipiell entschieden haben, indem es die Übernahme des bürgerlich-rechtlichen Besitzes in das Strafrecht als dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechend für nicht angängig erklärt. [2])

Bedenklich jedoch erscheint mir das Urteil des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 13. Oktober 1903. [3])

Der Fall war folgender: Der R. hatte einen dem Kaufmann St. in M. gehörigen Hund im Werte von 50 Mark, der in der Stadt frei umherlief, eingefangen, um ihn zu verkaufen. R. wurde wegen eines Vergehens des Diebstahls nach § 242 St.G.B. zur Strafe verurteilt.

In der Revision wurde gerügt, es sei nicht festgestellt worden, ob der Hund überhaupt noch im Gewahrsam des St. gestanden sei.

Der Bayer. Oberste Gerichtshof führt nun in der Begründung unter anderem wörtlich aus: „Der Umstand, dass der Hund, als er vom Angeklagten eingefangen wurde, im Stadtbezirk M. frei umherlief, rechtfertigt lediglich die Annahme, dass nur eine vorübergehende Verhinderung des Eigentümers in der Ausübung der tatsächlichen Gewalt über den Hund vorlag; diese hebt den Gewahrsam des Eigentümers nicht auf. (§ 856 Abs. II B.G.B.)“ [4])

Der Oberste Gerichtshof bezieht sich also direkt auf eine Vorschrift des B.G.B. über Verlust des Besitzes und setzt zugleich Gewahrsam an Stelle von Besitz, als ob das Privatrecht für die Feststellung des Gewahrsams verwertbar sei.

---

[1]) E. 34. 252.

[2]) E. 37. 198 ff. Auch nach der Rechtssprechung des Reichsmilitärgerichts (Urteil v. 17. Februar 1905) ist der Gewahrsam ein rein tatsächliches Verhältnis ohne zivilrechtliche Grundlage. Z. f. Rechtspflege 1. 259.

[3]) E.O.L. 4. 76.

[4]) § 856 Abs. 2: „Durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt wird der Besitz nicht beendigt“.

Nicht weniger gewagt ist meines Erachtens nach die Entscheidung [1]) des Oberlandesgerichts Posen vom 4. September 1901. Es soll deshalb Zeit und Raum nicht gespart sein, um dieselbe ausführlich zu bringen.

„Ein Eigentümer K. hatte in der Nähe des Bahnhofes W. 120 Zentner Heu für seinen Bedarf gekauft und auf dem Bahnhof W. abgeliefert. Hier nahm er einen Arbeiter zur Verladung des lose auf dem Bahnhof liegenden Heues in einen Eisenbahnwagen gegen Zahlung von 8 Mark an und fuhr nach Hause, noch bevor der Arbeiter mit der Verladung des Heues begonnen hatte. Der Arbeiter führte unter Beihilfe einiger von ihm zu seiner Unterstützung angenommener Arbeiter die Verladung aus, behielt aber für sich eine Quantität Heu im Werte von 6 Mark 40 Pfg. zurück. In der Begründung führte das Oberlandesgericht Posen in zivilrechtlicher Beziehung folgendes aus: Der Arbeiter war gemäss § 855 B.G.B. nur Besitzdiener des K. Dieser hatte mit dem Arbeiter einen Dienstvertrag abgeschlossen, ihn als Tagelöhner in seinem Erwerbsgeschäfte der Landwirtschaft angenommen. Der Arbeiter war also verpflichtet, den Weisungen des K. bei Leistung der bedungenen Dienste Folge zu leisten. Er stand somit in einem Abhängigkeitsverhältnis, wie es der § 855 B.G.B. voraussetzt. Der Begriff des Abhängigkeitsverhältnisses erfordert nicht etwa ein dauerndes Dienstverhältnis. Auch der nur für einen Tag und für eine bestimmte Verrichtung angenommene Tagelöhner ist für die Dauer der bedungenen Leistung von den Weisungen des Dienstherrn abhängig und daher nur Besitzdiener der ihm anvertrauten Sachen und Gerätschaften. (*Dernburg*, Bürg. Recht, III, § 14 Nr. 5 S. 50.) Der Betrieb der Landwirtschaft ist eine auf Erwerb gerichtete Tätigkeit. (*Planck*, B.GB., Anm. 2 zu § 855 III S. 36.) Der Arbeiter war also im Erwerbsgeschäft des K. tätig. Endlich beschränkt sich die Tätigkeit der im Erwerbsgeschäft dauernd oder vorübergehend beschäftigten Personen nicht auf die Haushaltungs- oder Geschäftsräume. Nicht wenige von ihnen sollen gerade an dritten Orten für den Geschäftsherrn tätig sein und seine Weisungen dort ausführen. Das Abhängigkeitsverhältnis wird durch die Abwesenheit des Geschäftsherrn nicht aufgehoben und durch seine

[1]) **Soufferts Archiv** 57. 60.

Anwesenheit nicht bedingt. Er bleibt Besitzer z. B. der seinem Reisenden auf die Reise mitgegebenen Reisekoffer und der in seinen Geschäftsräumen seinem Angestellten übergebenen Sachen, auch wenn er im Auslande wohnt. (*Planck* a. a. O.; *Dernburg* § 14 Nr. 3 III S. 49, 50). Aus der Abwesenheit des K. bei der Verladung des Heues ist somit ein Zweifel für seinen Besitz nicht zu entnehmen . . . .“ Deshalb wurde der Arbeiter nicht wegen Unterschlagung, sondern wegen Diebstahls verurteilt.

Wir können uns mit dieser Begründung trotz ihrer anscheinend präzisen juristischen Ausarbeitung nicht ganz einverstanden erklären. Denn der Posener Gerichtshof verwertet bei der Entscheidung der Frage, wer den Gewahrsam an dem gestohlenen Heu bei Begehung der Tat hatte, um die stafbare Handlung des Arbeiters entweder als Diebstahl oder als Unterschlagung qualifizieren zu können, zivilrechtliche Deduktionen, in denen auf § 855 B.G.B. Bezug genommen wird. Das genannte Gericht scheint demnach die Anschauung zu vertreten, dass die Frage, ob Gewahrsam im Sinne des Strafrechts anzunehmen sei, nach den Besitznormen des B.G.B. beantwortet werden müsse,[1]) und dass also um die äusserste Konsequenz zu ziehen, zivilrechtlicher Besitz und strafrechtlicher Gewahrsam sich als kongruente Begriffe darstellen.

Dass diese Meinung als völlig irrig und unhaltbar von der Hand zu weisen ist, soll in folgenden Paragraphen nachgewiesen werden.

§ 11.

Fortsetzung.

Es wäre verfehlt, zu behaupten, Strafrecht und Zivilrecht stünden miteinander in keinen Beziehungen und ihre Gebiete seien wie durch Grenzpfähle voneinander getrennt. Dies wird zunächst schon dadurch widerlegt, dass der Zweck, den Strafrecht und Zivilrecht verfolgen, der gleiche ist, nämlich die menschlichen Lebensinteressen zu schützen; nur die Mittel, durch die dieser Zweck erreicht werden soll, sind grundverschieden. Ersteres bedient sich dabei der Strafe, letzteres steht dem in seinen Interessen Ange-

[1]) Schliesslich käme man soweit, dass jedem Strafurteil ein Zivilurteil vorausgehen müsste.

griffenen mit Klage und Nichtigkeit schützend zur Seite.[1]) Daraus ergibt sich, dass da wie dort die nämlichen Lebensinteressen ihren Schutz[2]) finden können. So finden wir z. B. die persönliche Freiheit[3]) als Schutzobjekt der beiden Rechtsgebiete. Deshalb kann man *Binding* nur beistimmen, wenn er sagt: „Die Rechtsgüter und Rechte, zu deren Schutz Normen und Strafgesetze bestimmt sind, liegen auf allen Rechtsgebieten zerstreut. So steuern diese Alle ihren Beitrag zur Bildung der Delikts- und Verbrechensbegriffe, und alle Merkmale der Verbrechenstatbestände, die dem Privatrechte oder dem Staatsrecht, dem Völkerrecht oder dem Prozesse angehören, bilden ebensoviele Brücken zwischen dem Strafrecht und diesen Rechtsteilen. Das Strafrecht darf nicht isoliert betrachtet, muss vielmehr in seinem lebendigen Zusammenhange mit allem übrigen Recht, es muss als Glied des ganzen positiven Rechtssystems angeschaut werden.“ [4])

Der ausschlaggebendste Grund jedoch, der den Zusammenhang zwischen Strafrecht und Zivilrecht unzweideutig beweist, ist jedenfalls der, dass selbst der Gesetzgeber sich dieser Ansicht nicht verschlossen hat.

Das kommt zum Abdruck:

1. Im Artikel 34 des E.G. z. B.G.B., der die Reformen zum Strafgesetzbuche enthält, die die Einführung des B.G.B. notwendig machten, wenngleich sich diese Reformen insgesamt nur als reine Anpassungsänderungen, teils als sachliche Neuerungen kennzeichnen.

2. In den Motiven. Auf S. 127 heisst es: „Die Prüfung, ob und inwieweit es angemessen sein wird, die eine oder die andere Vorschrift des B.G.B. namentlich den familienrechtlichen Vorschriften anzupassen und die verschiedenen Zweifel zu beseitigen, die dadurch hervorgerufen worden sind, dass manche Vorschriften des Strafgesetzbuches infolge des bei Erlassung desselben bestehenden

---

[1]) Vgl. Jhering II 1. 485, 491.

[2]) Nicht unrecht hat Maschke, S. 202, mit dem Satze: „Der kriminelle Schutz des Privatrechts ist eine Steigerung des zivilen“.

[3]) § 823 Abs. I B.G.B. und §§ 234—241 St.G.B. Allerdings ist Freiheit im Sinne des B.G.B. ein weiterer Begriff als der strafrechtliche, da jener jede Verletzung der ungestörten Willensbestimmung umfasst. Fischer-Henle, Anm. 6 zu § 823 B.G.B.; v. Liszt, Deliktsobligationen S. 24.

[4]) Binding, Hdb. 1. 9 und 10.

Mangels eines einheitlichen Privatrechts, insbesondere eines einheitlichen Familienrechtes, eine allgemeine und unbestimmte Fassung erhalten halten, bleibt besser einer späteren, zusammenhängenden Revision des Strafgesetzbuches vorbehalten."

Wir haben somit, soweit es im Rahmen unserer Darstellung noch zulässig war, ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis des Strafrechts vom Zivilrecht und damit auch, um die Kehrseite zu zeigen, einen Einfluss des letzteren auf das erstere nachgewiesen. Doch wäre es zu weit gegangen, wollte man diesen Einfluss generalisieren, d. h. wollte man einem Begriffe des Strafrechts, der zufällig an sich auch dem bürgerlichen Rechte angehört, deshalb immer und unter allen Umständen die privatrechtliche Bedeutung und den privatrechtlichen Sinn unterschieben.

Ein solcher Begriff ist der Besitz, der im Strafrecht uns unter dem technischen Ausdruck „Gewahrsam" entgegentritt. Dieser muss jedoch völlig losgelöst vom zivilistischen Besitz mit seinen Rechtsfolgen und Fiktionen angesehen werden, da an ihm jede Einwirkung unseres neuen bürgerlichen Rechts glatt abgleitet.

Bei der Begründung dieser These fassen wir zwei Gesichtspunkte ins Auge, nämlich den gesetzesgeschichtlichen und den rechtspolitischen Gesichtspunkt. Denn ein Gesetz ist leichter und schärfer zu erfassen, wenn man einerseits zurückgeht auf seine Entstehungsgeschichte,[1]) andererseits den dasselbe beherrschenden Geist und Zweck zu erforschen sucht.

§ 12.

Gesetzesgeschichtlicher Gesichtspunkt.

1. Schon die Entstehungsgeschichte des § 242 St.G.B., für den der § 215 des preuss. Strafgesetzbuches vorbildlich war, gibt Zeugnis dafür, dass es dem Gesetzgeber ferngelegen war, dem zivilistischen Besitzinstitut im Strafrecht seinen Schutz zu verleihen. Denn der Entwurf von 1850 und das St.G.B. sagen nur: „einem Anderen wegnimmt", weil,

---

[1]) So das Reichsgericht in einer Reihe von Entscheidungen, z. B. E.E. 5. 89; 12. 203; 22. 66; 31. 323; 35. 318; E.O.L. 1. 323, a. M. v. Liszt S. 90; Glaser 1. 317. Besonders zieht Binding mit aller Schärfe gegen „diesen Unfug" zu Felde. Hdb. 1. 469 ff.

wie die Motive sich ausdrücken, daraus deutlich hervorgehe, dass der Bestohlene die Detention der Sache zur Zeit des Diebstahls noch gehabt haben müsse, der Ausdruck „Gewahrsam“ aber bei der Unklarheit der landrechtlichen Lehre vom Besitz möglichst zu vermeiden sei.[1])

2. Auch im E.G. z. B.G.B. liegen bestimmte Anhaltspunkte dafür vor, dass man in Betreff des Gewahrsams nicht auf den Besitzbegriff des B.G.B. zurückgehen dürfe. Der Art. 32 E.G. z. B.G.B. stellt den leitenden Grundsatz auf: „Die Vorschriften der Reichsgesetze bleiben in Kraft. Sie treten jedoch insoweit ausser Kraft, als sich aus dem Bürgerlichen Gesetzbuche oder aus diesem Gesetze die Aufhebung ergibt.“ In den nun folgenden Artikeln werden die Abänderungen aufgezählt, die bei den einzelnen Reichsgesetzen die Einführung des B.G.B. notwendigerweise mit sich bringen musste. Der Art. 34 betrifft die Änderungen des St.G.B. und führt diese in neun Nummern auf, in denen jedoch vom Gewahrsam keine Rede ist. Allerdings war bei den Beratungen der Reichstagskommission über den Art. 33, dem jetzigen Art. 34, hier die Einschaltung einer Bestimmung beantragt worden, welche die Streichung der Worte „oder Gewahrsam“ hinter „Besitz“ in § 246 St.G.B. bezweckte, da dieses als Konsequenz der Stellung des Entwurfs im dritten Buche erachtet wurde, welche die begriffsmässige Unterscheidung zwischen Besitz und Gewahrsam für das Strafrecht beseitigt habe. Dieser Antrag wurde jedoch abgelehnt mit der Begründung, die herrschende Ansicht gehe dahin, dass die Begriffe „Besitz“ und „Gewahrsam“ für das Strafrecht nicht aus dem Landeszivilrecht zu substantieren, sondern aus dem Strafgesetzbuch zu entwickeln seien und dieses letztere fasse die tatsächliche Innehabung, das tatsächliche Äussere, exklusive, die Möglichkeit voller Verfügungsgewalt gewährende Verhältnis des Täters zur Sache ins Auge. Ein Bedürfnis zu der beantragten Streichung liege nicht vor.[2])

Vom Standpunkte der Gesetzesgeschichte aus, wird sich also die Ansicht schwer halten lassen, dass das geltende Strafrecht vom

---

[1]) **Goltdammer, Materialien** 2. 459.

[2]) **Mugdan, Materialien** 1. 312.

Bürgerlichen Gesetzbuche in dem Masse beeinflusst werde, dass an Stelle des bisherigen Gewahrsamsbegriffes der bürgerlich-rechtliche Besitz zu setzen sei.

§ 13.

Rechtspolitischer Gesichtspunkt.

Da Strafrecht und Zivilrecht, wie schon früher dargetan, viele Berührungspunkte gemeinsam haben, so mag ja die Versuchung nahe liegen, anzunehmen, der Gesetzgeber habe im Strafrecht dem zivilistischen Besitzinstitut seinen Schutz gewähren wollen. Allein würde eine solche Ansicht der realistischen Auffassung des Strafrechts — der Natur des Verbrechens als störende Einwirkung auf den Bestand der tatsächlichen Verhältnisse allein angemessen[1]) — gerecht werden? Entspricht vielmehr einer solchen Auffassung nicht eine ebenso realistische Auffassung des strafrechtlichen Besitzes, d. h. des Gewahrsams? Gewiss! Dafür bietet uns fürs erste schon einen bedeutsamen Anhaltspunkt die farblose Ausdrucksweise des Gesetzes selbst „einem Anderen wegnimmt", d. h. der Andere braucht die Sache einfach nur so in seiner Machtsphäre, in seiner tatsächlichen Herrschaft zu „haben" — ohne Rücksicht auf die causa —, dass sie ihm weggenommen werden kann. Dieser tatsächliche Herrschaftskreis, in dem der andere kraft seines Willens schaltet und waltet, darf von keinem Dritten angegriffen werden, er muss ihm sakrosankt sein. Dies ist nur eine ebenso billige wie notwendige Forderung eines geordneten und sicheren Zusammenlebens der Menschen, unseres sozialen Verkehrs, wie auch auf diesem Gedanken der Rechtsfrieden beruht, der in dem Bewusstsein des einzelnen gipfelt in seinen rechtlichen Interessen stark genug geschützt zu sein. Wer jedoch in den tatsächlichen Zustand eigenmächtig störend eingreift, verletzt dadurch die Willenssphäre des anderen,[2]) er macht sich, um mit *Binding* zu reden, einer Missachtung fremden Herrscherwillens schuldig.

---

[1]) **Binding, Lehrb. S. 243.**

[2]) **Rotering, J. V. Schr. 33. 12, 13; Annalen 38. 299; Lammasch S. 16; Huber, F.C. S. 45; in diesem Sinne auch Binding, Lehrb. S. 243, 244, nach dem die Verletzung tatsächlicher Herrschaft stets ein injuriöses Moment gegen den „Besitzer" in sich birgt.**

Zu entscheiden, welche Lebensverhältnisse von diesem natürlichen Zustande im Strafrechte erfasst werden, ist Aufgabe der volkstümlichen Auffassung, die ein Feind jeder Künstelei und jeder unnatürlichen Zutat ist.[1]) Und gerade aus diesem Grunde müssen die Normen des bürgerlichen Rechts über Besitz als untaugliche Mittel bezeichnet werden zur Feststellung, wo Gewahrsam im strafrechtlichen Sinne zu erblicken ist, wo nicht. Nach der realistischen Fassung des § 854 B.G.B. wird man zur Annahme verleitet, Besitz sei nur bei Ausübung eines tatsächlichen Gewaltverhältnisses über eine Sache gegeben. Allein unser Rechtsverkehr erheischt es, Besitz einerseits zu negieren, obwohl die Beherrschung der Sache an Intensität nicht verloren hat, andererseits anzuerkennen, obwohl sich die tatsächliche Herrschaft bereits so verflüchtigt hat, dass eine solche nach Anschauung des alltäglichen Lebens nicht mehr angenommen werden kann. Gerade diese Erscheinungen dürften sich rühmen, ein untrüglicher Prüfstein für die Wertlosigkeit und Unbrauchbarkeit des zivilistischen Besitzes auf krimminellem Gebiete zu sein. Dies zeigen folgende Untersuchungen:

a) Während dem römischen Rechte die Vererblichkeit des Besitzes fremd war, schloss sich das B.G.B. dem deutsch-rechtlichen Prinzip[2]) der Vererblichkeit des Besitzes an, indem es in § 857 apodiktisch bestimmt: „Der Besitz[3]) geht auf den Erben über". Als privatrechtliche Wirkung resultiert daraus: 1. Der Erbe erwirbt sowohl unmittelbaren wie mittelbaren Besitz, je nachdem der Besitz des Erblassers ein unmittelbarer oder nur ein mittelbarer war. 2. Gleichgültig ist, ob dem Erben irgend welche tatsächliche Gewalt über den Nachlass zukommt. Beispiel: A. stürzt bei einer Bergpartie im Hochgebirge tötlich ab. Er hinterlässt in N. eine Witwe und einen Sohn, die ihn nach den Vorschriften des B.G.B. beerben. Nach dem

---

[1]) Dann werden in der Praxis Resultate erzielt, die der Rechtsüberzeugung des Volkes entsprechen. Vergl. Motive z. d. Entw. eines St.G.B. S. 163.

[2]) Stobbe 2, § 86.

[3]) Allerdings ist bestritten, was hier unter Besitz zu verstehen sei. Die Prot. 5. 651 sprechen von einer Rechtsposition, welche der Besitzer bei seinem Tode gehabt habe und die nun auf den Erben übergehe, während andere eine blosse Fiktion darin sehen. Kuhlenbeck (2. 441) bemerkt mit Recht, dass die Gesetzgeber selbst sich über diese vollständige Ablösung des juristischen Besitzbegriffes vom Requisit der tatsächlichen Gewalt nicht klar gewesen zu sein scheinen.

erwähnten § 857 B.G.B. werden Witwe und Sohn Besitzer der von A. etwa mitgeführten Wertsachen, des Geldes, der Kleider und zwar ohne besondere Besitzergreifung ihrerseits, ja selbst trotz Unkenntnis des Erbfalls.[1]) Eignet sich nun jemand, der den Toten A. findet, eine Sache rechtswidrig aus seinem Nachlass an, so stellt sich ein derartiges Eingreifen in den Rücklass des A. zivilrechtlich als verbotene Eigenmacht (§ 858 B.G.B.) dar, strafrechtlich aber kann von einem Diebstahl nach § 242 St.G.B. jedenfalls keine Rede sein, da tatsächlich eine Sachherrschaft, ein Gewahrsamsverhältnis niemand ausübt, am wenigsten der tote A., weil mit dem Tode eines Menschen der Gewahrsam ebenso untergeht, wie die Rechtsfähigkeit. Die Habseligkeiten des A. haben deshalb als unbesessen solange zu gelten, bis sich ihrer jemand, z. B. die Erben, das Gericht bemächtigt hat.

Damit fällt die Behauptung *Strohals*, es sei im § 857 B.G.B. ein rechtlich geschütztes Gewaltverhältnis vorhanden und das übe auch strafrechtlich seinen Einfluss aus.[2])

In noch höherem Masse gilt das Gesagte für den nasciturus, der selbstverständlich am wenigsten Gewahrsamshalter sein kann,[3]) wiewohl er Besitzer im Sinne des B.G.B. werden kann.

Die praktische Bedeutung des § 857 B.G.B. mag zivilrechtlich also wohl darin gelegen sein, dass dem Erben die Besitzschutzklagen zustehen, strafrechtlich aber wird der § 857 B.G.B. irgend eine Rolle nicht spielen.[4])

---

[1]) Ja selbst der Umstand, das z. B. die Leiche des A. nie gefunden werden könnte, schadet dem Besitzübergang hinsichtlich der persönlichen Effekten des Erblassers auf die Erben nicht. Allerdings nützt denselben der Besitzerwerb nichts, weil sie den Besitz nicht weiter ausüben können. Cossack 2. 75, Kober in Staudingers Komm. 3. Anm. IVc zu § 857 B.G.B. a. M. Strohal J. J. 38. 97 ff.

[2]) Sächs. Archiv 8. 319. Zugleich ist die Ansicht Stengleins widerlegt, der § 857 B.G.B. entscheide in Zukunft, wer den Gewahrsam an Nachlasssachen habe. Vergl. S. 33, Anm. 1.

[3]) Sehr ausführlich darüber Lobe S. 30.

[4]) Herrschende Meinung v. Bülow G.A. 45. 322; Lobe S. 26. 30; R. Schmidt D.J.Z. 5. 149; Olshausen, Anm. 17c zu § 242; Binding, Lehrb. S. 245; Rotering, J. V. Schr. 33. 55; E.E. 10. 257; 34. 252; 37. 202; Bl. f. R.A. 69. 419. Belanglos ist für die eben erörterte Frage, ob über den Nachlass der Konkurs eröffnet wurde. G.A. 37. 177.

b) Ein weiterer Fall, der mir hilft, die angebliche Kongruenz der streitigen Begriffe ad absurdum zu führen, ist der des mittelbaren Besitzes (§ 868 B.G.B.) Auch hier will der Gesetzgeber die tatsächliche Gewalt nicht körperlich eng verstanden wissen. Der mittelbare Besitzer hat, wie die Denkschrift (S. 114) sagt, „die tatsächlichen Beziehungen zur Sache zwar nicht vollständig aufgegeben", er ist bloss was Besitz betrifft, auf Zeit zurückgedrängt, durch die Person des unmittelbaren Besitzers, er ist ein Noch- oder Auchbesitzer. Aber trotz des stark gelockerten Gewahrsamsverhältnisses gilt der mittelbare Besitzer nach dem Wortlaut des § 868 B.G.B. als wirklicher Besitzer.[1]) Beim Niessbrauche ist mittelbarer Besitzer derjenige, welchem gegenüber der Niessbraucher „auf Zeit zum Besitze berechtigt ist",[2]) der Pächter oder Mieter vermittelt dem Verpächter oder Vermieter (§§ 536, 581 B.G.B.), der Pfandgläubiger dem Verpfänder (1231 Abs. I. B.G.B.), der Verwahrer dem Hinterleger (§ 688 B.G.B.) den mittelbaren Besitz,[3]) während der Niessbraucher, Pächter, Mieter, etc. unmittelbarer Besitzer ist. Dem Strafrecht kann der mittelbare Besitz des § 868 B.G.B. selbstverständlich nicht imponieren, es muss ihn ignorieren und erkennt deshalb nur da ein Herrschaftsverhältnis an, wo ein solches, der natürlichen Sachlage entsprechend, auch wirklich existiert, nämlich beim unmittelbaren Besitzer. Er ist Gewahrsamshalter im Sinne der §§ 242, 246 St.G.B. Demnach stellt sich die ungetreue Handlungsweise des Besitzmittlers, also des Mieters, Pächters etc. als Unterschlagung und niemals als Diebstahl dar.[4])

---

[1]) Cosack 2. 63; Kober in Staudingers Kommentar, Anm. IV zu § 868; Strohal i. J.J. 38. 17 a. M.; Wendt, der im mittelbaren Besitz nur einen obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache sieht. Archiv f. Ziv. Pr. 87. 47.

[2]) In der Regel ist dies der Eigentümer der Sache, es kann aber auch der Nichteigentümer als Besteller sein. § 1032 B.G.B.

[3]) Diese Fälle sind nicht erschöpfend. Ein ähnliches Verhältnis entsteht bei der Leihe (§ 604 B.G.B.), beim Auftrage (§ 662 ff. B.G.B.), beim Lagerhalter (§ 421 H.G.B.).

[4]) So die herrschende Meinung, besonders R. Schmidt, D.J.Z. 5. 149 und G.A. 47. 441. Einen interessanten Fall behandelt E. 37. 198. Derjenige, der von einem anderen eine Sache, z. B. Wertpapiere, zur Verpfändung leihweise erhalten

c) Schliesslich ist der Besitzdiener (§ 855 B.G.B.) kein Besitzer der Sachen, die er in seiner Gewalt hat, sondern der Besitzherr ist und bleibt allein der eigentliche Besitzer; er benützt den Besitzdiener sozusagen als Werkzeug für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt und ordnet dessen Willen über die Sache seinem eigenen Willen unter. Aber trotzdem werden Fälle denkbar sein, bei dem Besitzdiener nach der strafrechtlichen Auffassung „Besitz und Gewahrsam" im Sinne des § 246 St.G.B zugesprochen werden muss.[1]) Dies zu entscheiden ist allerdings Tatfrage und hängt ab von dem Umfange der räumlichen Gewalt, sowie von dem Umstande, wie der Besitzherr seinen Herrschaftswillen über den Gewahrsamsinhaber durch Überwachung und Aufsicht geltend machen will.[2]) Als Konsequenz ergibt sich daraus, dass der § 855 B.G.B. für das Strafrecht eben unbeachtlich erscheint.[3])

Bei zusammenfassender Würdigung all dieser Ausführungen dürfte es wohl ausser Zweifel sein, dass es sich beim strafrechtlichen Gewahrsam und zivilrechtlichen Besitz um zwei grundverschiedene

---

und jene einem Dritten, z. B. einer Bank, in Pfand gegeben hat, begeht keine Unterschlagung, wenn er sie, so lange das vertragsmässige Pfandrecht des Dritten noch nicht erloschen ist, durch den Dritten verkaufen lässt. Denn er ist mittelbarer Besitzer nach § 868 B.G.B. und als solcher steht er nicht in einer solchen tatsächlichen Beziehung zu der verpfändeten Sache, wie sie beim Vergehen der Unterschlagung auf seiten des Täters unterstellt ist. Anwendbar ist hier nur § 266 Abs. 1 Ziffer 2 St.G.B. Die zivilrechtliche Konstruktion ist folgende: Bezeichnen wir den Verleiher mit A., den Entleiher, der zugleich Verpfänder ist, mit B., den Pfandgläubiger mit C., so hat B. durch die Verpfändung der Sache an C. aufgehört, unmittelbarer Besitzer zu sein. A. hat seinen mittelbaren Besitz behalten. Nur ist zwischen ihn und die früher in unmittelbarem Besitze des B. gewesene Sache noch der nur mehr mittelbare Besitz des B. getreten. Er selbst ist dadurch mittelbarer Besitzer zweiten Grades geworden. Vgl. Strohal J.J. 38. 109.

[1]) Zweifellos wird strafrechtlich dem Kassierer an dem in seiner Kasse vorhandenen Gelde der Gewahrsam zugesprochen werden müssen, während zivilrechtlich er nur Besitzdiener (§ 855 B.G.B.) sein wird. Wendt, Archiv f. Ziv. Pr. 87. 97; Lobe S. 31.

[2]) In dem Bereich dieser Frage spielt bereits der Mitgewahrsam herein, der später ausführlich besprochen wird.

[3]) Aus diesem Grunde halte ich das auf S. 35 angeführte Urteil des Oberlandesgerichts Posen für rechtsirrtümlich. Vgl. E. 5. 219, wo Gewahrsam angenommen wird, bei dem Knechte, der seinem Herrn Kohlen fährt, während der Zeit des Transportes.

Begriffe handelt, die bei einer rein äusserlichen Identität ihrem inneren Wesen nach einander ganz diametral gegenüber stehen, und dass demnach der Besitzlehre des B.G.B. jeder umgestaltende Einfluss auf das Strafrecht versagt bleibt. Sollte sich jedoch im Laufe der Zeit ein notwendiges Bedürfnis ergeben, diese scharfe Diskrepanz zu beseitigen, so wäre ihr nur auf dem Wege einer Reform unseres geltenden Strafrechtes abzuhelfen.

Dritter Abschnitt.

§ 14.

I. Das Wesen und die Konstruktion des Gewahrsams.

Die Frage, welches das Wesen des Gewahrsams ist, wird in der Literatur verschieden beantwortet. Während eine Reihe Rechtslehrer, folgend der Definition des Preussischen Allgemeinen Landrechts,[1]) den Gewahrsam als die Verfügungsgewalt, d. h. das physische Vermögen über eine Sache mit Ausschluss anderer zu verfügen bezeichnen, also nur ein äusserliches räumlich-zeitliches Verhältnis der Person zur Sache verlangen, sieht die Mehrzahl der Kriminalisten im Gewahrsam auch ein Verhältnis des Willens der Person zur Sache. Die Anhänger der ersten Meinung sind:

Schütze (§ 429): „Der Gewahrsam . . . . . ist die tatsächlich vorhandene ausschliessliche Herrschaft des Individuums über einen dauernder Beherrschung zugänglichen Vermögensgegenstand, ohne Rücksicht auf Wissen und Wollen des Inhabers".

Berner (S. 555) definiert den Gewahrsam als Verfügungsgewalt in einem sehr dehnbaren Sinne, wobei eine rein tatsächliche Herrschaft gemeint sei, so dass nicht einmal ein Wissen um den Ort, ja selbst um die Existenz der Sache gefordert werde.

Oppenhoff (Nr. 16 zu § 242 St.G.B.) äussert sich dahin, dass eine Willensrichtung nicht entscheidend sei, vielmehr komme es lediglich auf das tatsächliche (äussere) exklusive Verhältnis zur

---

[1]) §§ 1. 138 I 7: „Wer das physische Vermögen hat, über eine Sache mit Ausschluss anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber genannt".

Sache, auf das physische Vermögen ausschliesslicher tatsächlicher Herrschaftsausübung an.[1])

Endemann[2]) löst die vorliegende Kontroverse in der Weise, dass der Gewahrsam eine durch den objektiven Gewaltbegriff bestimmte Schutz- und Verteidigungsgewalt sei, die sich zwar nicht als Besitzgewalt dokumentiere, aber immerhin einige zivilrechtliche Wirkungen erzeuge. In diesem Sinne bleibe für das Strafrecht der preussisch-rechtliche Gewahrsamsbegriff in Geltung, bei dem, wie *Jecklin* in *Gruchots* Beiträgen (32. 277) lehrt, ein rein räumlich-zeitliches Verhältnis zwischen Person und Sache genüge.

Auch das Reichsgericht bezeichnet den Gewahrsam im Sinne der §§ 242, 246 St.G.B. als einen lediglich faktischen Zustand, vermöge dessen jemand die physische Möglichkeit besitze, über eine Sache mit Ausschluss anderer zu verfügen.[3]) Es wird also Wissen und Wollen für entbehrlich erklärt.

Zu den hauptsächlichsten Vertretern der Willenstheorie, die in der Literatur die Oberhand hat, zählen:

Binding:[4]) „Besitz im strafrechtlichen Sinne ist der Wille, eine Sache, die in den Bereich unserer tatsächlichen Herrschaft eingetreten und daraus noch nicht geschieden ist, in ihm zu behalten". *v. Liszt:* (S. 428) bezeichnet den Gewahrsam als tatsächliche Gewalt, d. h. die vom Herrscherwillen getragene tatsächliche Herrschaft über die Sache, also die Möglichkeit, mit Ausschluss anderer auf sie einzuwirken, die Verfügungsgewalt, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die eigene Herrschaft unter Ausschluss anderer geltend zu machen.

---

[1]) Zu dieser Anschauung bekennen sich noch: Römpler S. 35 ff. Dass er mit dem Satz (S. 38): „Das eigentlich Entscheidende könne immer nur die Anschauung des Lebens sein", den landrechtlichen Gewahrsam ins Wanken bringt, scheint er übersehen zu haben. Ferner L. Goldschmidt, Grundlagen 1. 140; Temme, Glossen S. 269; Schwarze S. 668. Er hält den Willen nur für den zivilrechtlichen Besitz als massgebend, für den Gewahrsam im Sinne des § 242 jedoch nicht; Seeliger S. 18. Sehr auf Abwegen ist James Goldschmidt G.A. 47. 352 ff.

[2]) 2. 159, 160.

[3]) E.E. 5. 223; 5. 42; 3. 204; 23. 75; 27. 395; 29. 209; 30. 89. Allerdings schwankt die Rechtsprechung und manche Entscheidungen nähern sich sehr der Willenstheorie. Vgl. E. 2. 232; 12. 256, 353; G.A. 40. 51.

[4]) Lehrb. S. 286; Normen 2. 547; Grundriss 2. 149.

Nach *Hälschner* (2. 284)[1]) setzt der Gewahrsam voraus, dass man tatsächlich zur Sache in ein Verhältnis getreten sei, vermöge dessen man in der Lage ist, über sie zu verfügen; doch ist der Gewahrsam mit dieser äusseren Beziehung der Sache noch nicht erworben, sondern erfordert weiter auch eine innere Beziehung, ein Verhältnis des Willens zur Sache, den Willen, die Herrschaft über die Sache auszuüben, gleichviel aus welchem Grunde und zu welchem Zwecke.

Merkel[2]) sieht ein blosses Verhältnis physischer Nähe nicht als entscheidend an, das Faktum, dass die Sache sich in fremder Willensherrschaft befinde, komme allein in Betracht.

Wir schliessen uns der Willenstheorie an und bezeichnen den Gewahrsam als ein räumlich-zeitlich bestimmtes Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache, verbunden mit dem erkennbaren Willen, die eigene Sachherrschaft gegen jeden anderen geltend zu machen.[3])

Wir haben schon früher dargelegt, dass die Wegnahme im Sinne des § 242 St.G.B. nach der Richtung hin auszulegen ist, dass der andere die Sache derartig in seinem Gewahrsam „haben" muss, dass sie ihm weggenommen werden kann. Es ist von vornherein klar, dass von einer Wegnahme einer Sache nicht gesprochen werden kann, wenn zwar jemand die letztere in seiner tatsächlichen

---

[1]) Auch System 3. 429.

[2]) H.H. 3. 641, 642; richtig auch Olshausen, Anm. 16 zu § 242; Frank, Anm. IV zu § 242; H. Meyer S. 551; Wachenfeld in H.E. 2. 302; Henle-Schierlinger, Anm. 4 zu § 242; Rüdorff I, Anm. 6 zu § 242; Rotering, G.S. 35. 355; 38. 290 ff; G.A. 47. 252; J. V. Schr. 33. 15 ff.; F. C. Huber S. 68; Kapff S. 60; Dickel S. 29; Eckhardt S. 24; Ehrenhard S. 20; Ernst Ewald S. 21; Lehr S. 11. Treffend bezeichnet Lammasch (S. 15 und 16) den strafrechtlichen Besitz als einen tatsächlichen Zustand, der durch den Willen und die Macht einer Person entsteht. Auch im österr. Strafrecht, wo die Gewahrsamsfrage beim Diebstahl ebenfalls brennend wird, versteht man unter Gewahrsam die Möglichkeit, über die Sache tatsächlich zu verfügen, verbunden mit dem Willen diese Möglichkeit aufrecht zu erhalten. Österr. R. Lex. 2. 118.

[3]) Gewahrsamsinhaber kann natürlich nur der Mensch sein. H. Meyer S. 552; Binding, Lehrb. S. 286; Olshausen, Anm. 18 zu § 242. a. M. Kohler 1. 211. — Korporationen üben den Gewahrsam durch ihre Vertreter aus. — Erkennbar ist der Wille, wenn er ausdrücklich erklärt ist oder aus den begleitenden Umständen sich ergibt.

Herrschaft hat, diese zu betätigen aber nicht den Willen hat,[1]) sollte selbst die Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, für die betreffende Person viel grösser und stärker sein, als für jeden anderen Menschen.[2])

Wenn man den Regenschirm meines Freundes, der mir einen Besuch macht, in meiner Wohnung wegnimmt, so wird der Regenschirm nicht mir, sondern ihm gestohlen. Der Regenschirm befindet sich allerdings in meiner faktischen Verfügungsgewalt, aber ich will einen Herrscherwillen nicht kund geben. Ein anderes Beispiel: Ich sehe auf der Strasse einen verlorenen goldenen Ring liegen. Um ihn zu besichtigen, bücke ich mich zu ihm hinunter, oder ich nehme ihn sogar in die Hand. Niemand wird mir widerstreiten wollen, dass in den beiden Fällen der Ring sich in meiner augenblicklichen, faktischen Beherrschungsmöglichkeit befindet. Deswegen mir jedoch den Gewahrsam an dem Ringe ohne Berücksichtigung des subjektiven Momentes, des Willensmomentes, zusprechen zu wollen, wäre irrig. Das blosse Haben z. B. zum Besichtigungszwecke begründet noch keinen Gewahrsam, solange sich nicht das Haben — oder Behaltenwollen dokumentirt.[3]) Also kann der Ring (vorläufig) immer noch „niemanden" weggenommen werden.[4]) Anders jedoch, wenn ich den Ring aufhebe, um ihn am Polizeiamt abzuliefern, so bin ich, wenn auch nur vorübergehend, Gewahrsamsinhaber geworden. Dadurch, dass ich eine Sache behalte, manifestiert sich der Wille, sie zu „haben", sie zu beherrschen. Dann kann und darf ich von der Mitwelt Anerkennung und Respekt verlangen. Derjenige, der den Ring mir jetzt nimmt, ist ein Dieb.

Wäre die von den Gegnern vertretene Ansicht, der Gewahrsam sei nur ein körperliches Verhältnis zur Sache, richtig, so müsste sich

---

[1]) **Olshausen, Anm. 16 zu § 242; Frank, Anm. IV zu § 242.**

[2]) **Hälschner, System 3. 430; er nennt folgendes Beispiel: „Wer mit der Axt neben dem Baum steht, hat die viel näher liegende Möglichkeit, über denselben zu verfügen als der entfernt wohnende Eigentümer, und dennoch befindet sich der Baum im Gewahrsam des letzteren, nicht jenes."**

[3]) **Oder wie Rotering sagt: „Eine Augenblicksherrschaft ist keine Herrschaft" und führt die Digestenstelle an: non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, ut eam retinere non possit. (L. 22. Dig 41, 2); J. V. Schr. 33. 21; G.S. 38. 292; Binding, Lehrb. S. 287.**

[4]) **Olshausen, Anm. 16 zu § 242.**

der Mensch einen Gewahrsamserwerb wider seinen Willen gefallen lassen, eine Folge, die einen Angriff auf seine Willensfreiheit bedeuten würde. Ich müsste mir also, schlägt man den Gedankengang der Gegner ein, den Gewahrsam an gestohlenen Sachen ohne weiteres zusprechen lassen, die mir jemand, um mich zu kompromittieren, heimlich in meine Tasche gesteckt hat, da ich unstreitig damit die körperliche Verfügungsgewalt über sie erlangt habe. Ein solches Resultat würde direkt der gesunden Vernunft und somit dem Rechtsgefühl des Volkes ins Gesicht schlagen. Nach der Anschauung des Lebens vielmehr, die gerade *Römpler* (S. 38) nicht genug betont wissen will, werden wir Sachen, um die wir uns wegen ihrer Wertlosigkeit, Nebensächlichkeit, nicht weiter kümmern wollen, oder die uns wegen einer ihnen anhaftenden unangenehmen Eigenschaft grossen Schaden bringen können, von unserem tatsächlichen Herrschaftsbereich fern zu halten suchen. Gelangen sie dennoch durch irgend welche Umstände ohne unser Zutun in unsere Verfügungsgewalt, so ist uns das gleichgültig, solange wir nicht darum wissen. Sie bleiben unbesessen und können deshalb unterschlagen aber nicht gestohlen werden.[1]) Sobald wir sie entdeckt haben, werden wir so schnell als möglich uns ihrer wieder entledigen. Also trotz tatsächlicher Herrschaft kein Gewahrsam, da in derartigen Fällen das subjektive Requisit entfällt, dass, wie *Rotering*[2]) richtig betont, die Sache in den Kreis der Willensherrschaft des Machthabers hineinfallen, dass er diese tatsächlich mitbeherrschen wollen muss.

Für die Richtigkeit der Willenstheorie kann ferner ins Feld geführt werden, dass, wenn nur das physische Moment ausschlaggebend wäre, gar kein Grund sich absehen liesse, warum der Gewahrsam fortdauern sollte, wenn jenes äusserliche Merkmal wegfällt.[3]) Den Gegnern wird es wohl nicht beifallen zu behaupten, dass mir der Gewahrsam an dem Kahne fehlt, den ich ans Land gezogen habe, während ich im naheliegenden Wald spazieren gehe.

[1]) Ebenso Rotering G.S. 35. 368; J. V. Schr. 33. 29; Binding, Lehrb. S. 287, 288; im Ergebnis Ernst Ewald S. 31, 32; a. M. natürlich Römpler S. 39, 40.

[2]) G.S. 35. 368; G.A. 47. 254.

[3]) Hälschner, System 3. 431.

Wenn schliesslich *Römpler* die praktische Brauchbarkeit des von ihm und seinen Anhängern aufgestellten Gewahrsamsbegriffes so beifällig hervorhebt, so vergisst er, dass man gerade durch seine Theorie genötigt wird, den Diebstahl überhaupt zu verneinen. Denn wenn jeder, der lediglich in einem „Verhältnis physischer Nähe" zu einer Sache steht, den Gewahrsam an ihr hat, so darf ihn sicherlich auch der Dieb für sich beanspruchen, da er sich vor der Tat und im Momente der Tat in einem solchen räumlichen Verhältnisse zu der zu stehlenden Sache befindet, vermöge dessen es ihm ermöglicht ist, die Sache zu ergreifen. Es könnte demnach das Verbrechen des Diebstahls gar nicht begangen werden.[1])

Nach all dem Gesagten ist unschwer zu folgern, das das rein körperliche Verhältnis der Person zur Sache nur Beseelung gewinnt und damit erst ein strafrechtlich relevantes Gebilde wird, wenn sich dazu der Herrscherwille gesellt.

Umgekehrt hilft der Herrscherwille ohne tatsächliche Gewalt ebenfalls nichts. Die beiden müssen nebeneinander vorhanden sein; diese ist ohne jenen möglich, jener muss in dieser zu Tage treten.[2])

Der zum Gewahrsamsbegriffe geforderte Wille ist jedoch nicht identisch mit dem unseres B.G.B., da er an ganz andere Voraussetzungen geknüpt ist wie der letztere. Hinreichend ist schon der rein natürliche, der rein tatsächliche Wille.[3]) Es kann demnach im Strafrechte keine Bedeutung haben, ob es der Wille einer nach § 105 B.G.B. geschäftsunfähigen Person ist. Folglich besteht die Möglichkeit, dass auch ein Kind Gewahrsam haben, erlangen, aufgeben und auf einen anderen übertragen kann, jedoch unter der Voraussetzung, dass es einerseits bereits die erforderliche Willenskraft besitzt, seine Herrschaft über die Sache geltend zu machen, andererseits das erforderliche Erkenntnisvermögen hat, den wirt-

---

[1]) **Merkel, H.H. 3. 641, 642; L. Goldschmidt, Grundlagen 1. 136; Hans Ewald (S. 19) schränkt diese Konsequenz insofern ein, als er darin, dass der Dieb sich in ein solch räumliches Verhältnis zur Sache bringt, schon eine Ausführungshandlung zum Diebstahl erblickt.**

[2]) **v. Liszt S. 428.**

[3]) **So die herrschende Meinung Merkel, H.H. 3. 644; Binding, Lehrb. S. 243; v. Liszt S. 429; Frank, Anm. VI 2 zu § 242; Olshausen, Anm. 16 zu § 242; Oppenhoff, Anm. 16 zu § 242; H. Meyer S. 552; E. 2. 332.**

schaftlichen Wert der Sache richtig zu würdigen. Ob dies angenommen werden darf, ist von Fall zu Fall eigens festzustellen.[1])

Unbeachtlich ist ferner, ob der Herrscherwille die Eigenschaft eines animus domini hat, d. h. ob der Gewahrsamsinhaber die Sache mit dem Willen besitzt, sie wie ein Eigentümer zu haben oder ob der Wille darauf abzielt, die Sache für einen anderen rechtmässig oder widerrechtlich zu haben. Das Strafrecht kennt, wie *Binding*[2]) bemerkt, nur eine Art anzugreifenden Besitzes.

§ 15.

II. Begründung des Gewahrsams.

Die beiden Essentialen des Gewahrsams sind, wie im vorigen Paragraphen ausgeführt wurde, das objektive der tatsächlichen Herrschaft, das subjektive des Herrscherwillens. Diese beiden sind einander koordiniert wie Körper und Seele.

Es lässt sich demnach für die Begründung des Gewahrsams, ohne jedoch damit eine starre, doktrinäre Formel festsetzen zu wollen, als Grundregel aufstellen, dass sie sich durch die Betätigung des Willens, eine bestimmte Sache der eigenen tatsächlichen Herrschaft unter Ausschluss jedes anderen unterzuordnen, vollzieht.[3]) Auch hier gilt der römische Rechtssatz des Paulus: adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se animo aut per se corpore.[4])

Die einfachste Art ist, dass der Erwerber die Sache in eine räumliche Beziehung zu ihm bringen wird. Je enger und fester diese an die Person geknüpft, mit ihr verbunden ist, desto stärker

---

[1]) Ebenso Merkel, H. H. 3. 644; H. Meyer S. 552; Ernst Ewald S. 25, 26; Ehrenhard S. 26; Oppenhoff, Anm. 16 zu § 242; Frank, Anm. VI 2 zu, § 242; Rüdorff, I Anm. 6 zu § 242. — v. Liszt S. 429, Anm. 6; F. C. Huber S. 70; Binding, Hdb. 714, Anm. 20 insofern entgegengesetzt, als sie die betrügerisch veranlasste Übergabe einer Sache seitens eines Geschäftsunfähigen als Diebstahl betrachten. Nach Dickel S. 30 haben Kinder und Wahnsinnige keinen Willen, demnach auch keinen Gewahrsam, ähnlich Hälschner 2. 289.

[2]) Lehrb. S. 287.

[3]) So Binding, Lehrb. S. 243, S. 287; Hälschner, System 3. 430; Hälschner 2. 284; zu allgemein Frank, Anm. IV zu § 242.

[4]) L. 3. § 1 D. de acquir. poss. 41, 2.

ist die tatsächliche Herrschaft, je lockerer sie ist, desto schwächer wird die letztere.[1]) Der Gewahrsam kann deshalb in der verschiedensten Gestalt und in den mannigfaltigsten Abstufungen vorkommen.

Der sicherste und stärkste Gewahrsam ist der handhafte Gewahrsam, das unmittelbar sinnliche Haben, das alte „mit Händen ergreifen". Aber damit wäre der Gewahrsam nur auf die Sachen beschränkt, die wir bei uns tragen. Nach Anschauung des praktischen Lebens genügt auch ein solch räumliches Verhältnis zur Sache, dass ihre beliebige Ergreifung durch ihre Lage möglich ist. Ferner besteht Gewahrsam in geeignetem Verschluss, geeignetem Verwahrungsmittel, geeignetem Versteck.

Wie sich das Geldstück in meiner Hand und das Zigarrenetui in meiner Tasche in meinem Gewahrsam befinden, so auch das Gemälde, das in meinem Zimmer hängt, die Arbeitsgeräte in meinem Garten, das Heu auf meinem Felde, die Fische in meinem Weiher,[2]) das Wild in meinem umfriedeten Waldgehege,[3]) die Geldkasette, die

---

[1]) Nicht ganz genau Ernst Ewald (S. 28), wenn er nur auf die Grösse des Raumes Gewicht legt. Man vergegenwärtige sich nur folgenden Fall: In X, wo ich wohne, ist um mein Haus ein grosser Garten und 20 Stunden von X. besitze ich an einem See ein kleines Blockhaus. Obwohl dieses kleiner ist als der Garten, so ist doch mein Gewahrsam an den Gegenständen in meinem Garten stärker als an den Sachen im Blockhause.

[2]) E. 10. 78.

[3]) O.R. 15. 885; 16. 108; E. 8. 273; 26. 218. Rechtsspr. 1. 120. Hier ist die Frage zu berühren, unter welchen Voraussetzungen die Aneignung von Fischen oder wilden Tieren als Diebstahl eventl. Munddiebstahl und nicht als eine Übertretung bezw. ein Vergehen des unberechtigten Fischens aus § 370 Ziff. 4 bezw. § 296 St.G.B. oder als ein Jagdvergehen nach §§ 292 ff. St.G.B. bestraft wird. Die Beantwortung dieser Frage hängt ab von der Feststellung, ob die Fische oder wilden Tiere in jemands Gewahrsam und Eigentum stehen. Einschlägig sind die §§ 958, 960 ff. B.G.B. in Verbindung mit Art. 69 E.G. z. B.G.B., wonach die landesgesetzlichen Vorschriften über Jagd und Fischerei, unbeschadet der Vorschrift des § 958 Abs. II, B.G.B. grundsätzlich in Kraft bleiben. Wilde Tiere in der Freiheit stehen in niemands Eigentum und sind somit herrenlos. § 960 Abs. 1 Satz 1 B.G.B.; gleich den zahmen Tieren können sie auch im Privateigentum und deshalb auch im Gewahrsam des Eigentümers stehen, wenn sie rechtmässig okkupiert oder in jemands Besitz sind. Hier greift § 960 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. ein. Wilde Tiere in Tiergärten und die Fische in Teichen und anderen geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos.

ich, um sie nicht in die Hände der plündernden Feinde geraten zu lassen, unter einem Baume im Walde dem sicheren Schosse der Erde anvertraut habe.

Schütze (S. 430) unterscheidet Acker-, Kirchen-, Garten-, Hof-, Haus-, Zimmer-, Taschengewahrsam; nimmt man dazu noch den Scheune-, Stall-, Weide-, Wald- und Wassergewahrsam, so können wir sagen, dass jeder, der den Willen hat, in einem dieser Raumverhältnisse allein und mit Ausschluss anderer zu herrschen, auch den Gewahrsam an den Sachen erwirbt, die er mit dem Willen, sie zu beherrschen, in einen dieser Räume schafft, oder die in einen dieser Räume geschafft werden.[1]) Eine Ausnahme erleidet diese Regel nur insoferne, als sich noch andere Personen in einem solchen Raume aufhalten und über bestimmte Sachen den Gewahrsam aus-

---

Wann ein „Tiergarten" anzunehmen ist, hängt hauptsächlich davon ab, dass den Tieren seitens des Jagdberechtigten die Freiheit des Entweichens durch eine generelle Massregel entzogen wird. Dafür, ob dieses geschehen ist, ist nicht allein die Tatsache massgebend, dass das Wild in einem umschlossenen Gehege gehalten wird, vielmehr ist ausschlaggebend die Gesamtheit der die Einschliessung betreffenden obwaltenden konkreten Verhältnisse. So das Reichsgericht in den angezogenen Entscheidungen.

Unter „Teiche" versteht man sowohl die natürlichen wie die von Menschenhand zum Zwecke der Fischzucht geschaffenen stillen Gewässer kleineren Umfangs. „Geschlossene Privatgewässer" sind solche, auf welche dem Eigentümer ein ausschliessliches Recht der Verfügung zukommt. (Becher, Landeszivilrecht 1. 1052.) Dazu zählen Weiher, Bassins, Reservoire, kleine Seen. Sind Zufluss- und Abflussvorrichtungen vorhanden, so wird erfordert, dass bei normalen Verhältnissen die freie Fortbewegung der Fische in das zu- und abfliessende Gewässer verhindert ist.

Somit stehen das Wild in Tiergärten, die Fische in Teichen und geschlossenen Privatgewässern im Eigentum und damit im Gewahrsam des Eigentümers des Tiergartens bezw. des Teiches und des geschlossenen Privatgewässers. (Vgl. dazu auch Pollwein S. 157.)

Was für Fische gesagt ist, gilt auch analog für andere in Teichen etc. gehaltenen Tiere, z. B. Krebse.

Wer Tiere in Tiergärten, Fische in Teichen und geschlossenen Privatgewässern sich aneignet, begeht daher einen Diebstahl, kein Jagd- oder Fischereivergehen. In Theorie wie Praxis unbestritten.

Keiner weiteren Begründung bedarf es, dass in Käfigen oder an Ketten gehaltene Tiere und Fische in Behältern im Eigentum und somit im Gewahrsam des Eigentümers der betr. Vorrichtungen stehen. Vgl. Rotering, G.S. 35. 360 ff.; J. V. Schr. 33. 35 ff.; Staudinger Bl. f. R.A. 63. 285 ff.

[1]) Im Ergebnis übereinstimmend mit Hälschner 2. 286 und Ernst Ewald S. 29.

üben. Der Gewahrsam solcher Sachen kann auch unserem Gaste oder unserem Diener zukommen, oder jemandem, der uns einen Besuch macht. Wenn letzterer seinen Überzieher und Hut im Vorplatze ablegt, so verliert er den Gewahrsam an diesen Gegenständen ebensowenig wie der Restaurateur den Gewahrsam an den in seinem Lokale aufgehängten Kleidern seiner Gäste erwirbt. Der Wirt macht sich deshalb durch Aneignung einer Sache eines anwesenden Gastes eines Diebstahls schuldig.

Der Gewahrsam wird in den meisten Fällen begründet in Hinsicht auf eine speziell bestimmte Sache, so bei der Okkupation und Tradition. So und so oft erwerben wir aber den Gewahrsam an Sachen, von deren individuellen Existenz wir nie und nimmer wissen können.

Hiermit kommen wir zu der Frage, ob zur Gewahrsamsbegründung ein spezielles Wissen erforderlich ist. Wir müssen dies verneinen.[1]) Hier kommt uns der von *Binding* so zutreffend bezeichnete generelle Besitzwille[2]) zu Hilfe. Er beruht auf dem Gedanken, dass wir an allen Gegenständen, welche in die von unserem Herrscherwillen umfassten Räumlichkeiten ohne unser Zutun gelangen, Gewahrsam erwerben wollen, gleichgültig, ob wir wissen, dass diese Gegenstände sich innerhalb unserer Verfügungsgewalt befinden.

Zunächst ist dieser Satz anwendbar für alle diejenigen Fälle, wo jemand Behältnisse zur Aufnahme für ihn bestimmter Sachen anbringt, wobei es keinen Unterschied macht, ob sich der Verschluss auf eigenem oder fremdem Boden befindet. Ich erwerbe zweifellos den Gewahrsam an dem Briefe, der mir, ohne es zu wissen,

---

[1]) So die herrschende Meinung. v. Liszt S. 428; Binding, Lehrb. S. 287; Rotering, G.S. 35. 364; J. V. Schr. 33. 25; Oppenhoff, Anm. 17 zu § 242 S. 544; desgleichen Hälschner 2. 286, wenn in dem Satze: „. . . . ohne dass dazu ein mit Bewusstsein verübter Akt der Besitzergreifung notwendig erforderlich" das „mit Bewusstsein" das gleiche bedeutet wie „mit Wissen". Vgl. auch E. 30. 88. A. M. Frank, Anm. IV. zu § 242. Er gibt jedoch zu, dass der Gewahrsam an einer Sache von selbst andere Sachen mit ergreifen kann, die in gewisse Beziehungen zu ihr treten, auch ohne dass man in konkreto das Vorhandensein dieser Beziehungen kenne. Somit kommt Frank zu dem gleichen Resultate wie die herrschende Meinung. Ebenso Dickel S. 30, vgl. Anm. 2.

[2]) Lehrb. S. 287, im Anschluss daran Rotering, J. V. Schr. 33. 35 ff.

in den an meiner Wohnungstüre angebrachten Briefkasten gelegt wurde, die Postverwaltung hat den Gewahrsam an den Briefschaften, die in den an meinem Hause befestigten Briefkasten geworfen wurden, der Eigentümer eines Automaten die in diesen gesteckten Geldstücke, die Kirchenverwaltung das in einen Opferstock geworfene Almosen, der Fischer die in seine gelegten Reusen und Netze eingegangenen Fische,[1]) der Jäger den in der von ihm hergestellten Schlinge gefangenen Hasen[2]) etc.

Der Besitzer eines Weihers oder Tierparkes erwirbt ohne weiteres auch den Gewahrsam an der neuen Brut, den neugeborenen Tieren; dasselbe gilt hinsichtlich der von meinen Hühnern, Enten, in meinem Hofe gelegten Eier, ausgebrüteten Küchlein, der von meiner Katze geworfenen Jungen.

Wenn ferner durch Windbruch, Abfall von Früchten, Ablösung von Brettern etc. von Gebäuden und dergleichen neue bewegliche Sachen entstehen, so erlangt der Besitzer des Grundstücks, Gebäudes den Gewahrsam an den neu entstandenen Sachen, vorausgesetzt, dass diese Sachen im Bereiche des Gebäudes, des Grundstückes verbleiben.

Zweifellos erwerben wir weiter den Gewahrsam ohne unser Wissen, wenn jemand, der unseren Gewahrsam durch Begründung eines eigenen gebrochen hat, später den früheren Zustand wieder herstellt. Beispiel: Das Dienstmädchen stiehlt seiner Herrschaft aus einem offenen Schranke Wäschestücke. Von tätiger Reue ergriffen, legt sie aber nach einigen Tagen die entwendeten Sachen wieder in den Schrank.[3])

Diese vielen Beispiele zeigen, wie leicht es sich in einer Fülle von Fällen mit dem generellen Besitzwillen operieren lässt. Trotzdem

---

[1]) E. 29. 216.

[2]) G.A. 6. 116; 45. 440; E. 32. 161; nicht aber den Hund, der zufällig in die Schlinge geraten ist; vgl. Rotering G.S. 35. 366. Blosse, mit dem animus possidendi ergriffene Massregeln, die dazu geeignet sind, Wild zu fangen (Auslegen von Gift) geben noch keinen Gewahrsam. Rechtsspr. 1. 14. — Die Wegnahme von Wild, das in eine von einem Unberechtigten gelegte Schlinge geraten und dort verendet ist, qualifiziert sich als ein Jagdvergehen (§ 292 mit § 293 St.G.B.) und nicht als Unterschlagung oder gar als Diebstahl. Dieses ist schon deshalb ausgeschlossen, weil das Wild dadurch, dass es in der Schlinge gefangen wurde, noch nicht in den Besitz oder Gewahrsam des Schlingenlegers kommt. E. 23. 29.

[3]) Rotering, G.S. 35. 365.

gehe man mit ihm vorsichtig zu Werke und werfe nicht alles in einen Topf, um nicht die sonderbarsten Fehlentscheidungen zu treffen. Es darf nicht, wie schon früher berührt wurde (S. 50), bei derartigen Fällen ausser acht gelassen werden, dass die Sache wohl ohne unser Wissen aber mit unserem Willen, also nicht wider unseren Willen in unsere Machtsphäre gekommen sein muss. Beispiele: 1. Ich habe in einem Geschäfte Waren bestellt. Während meiner Abwesenheit liefert sie der Ausgeber in meiner Wohnung ab. 2. Der Reisende einer Buchhandlung, dessen Besuche ich mir schon mehrmals verbeten habe, benützt meine Abwesenheit von zu Hause und legt mir auf meinen Schreibtisch einen Probeband *Meyers* Konversationslexikon. Während im ersten Falle unstreitig die Waren in meinen Gewahrsam übergegangen sind, leugne ich im zweiten Falle den Gewahrsamserwerb. Wenn ich nach Hause komme, mag ich ja den Probeband, falls es mir gefällt, in meinen Gewahrsam aufnehmen, ein Müssen ist aber nicht vorhanden. Wenn ich den Reisenden sofort brieflich ersuche, das Buch sogleich abzuholen, so kann ich mir nicht denken, wie hier von einem Gewahrsamserwerb gesprochen werden könnte. Wird der Probeband von einem Fremden weggenommen, so ist der Bestohlene der Reisende, aber nicht ich.[1])

Weitere Fälle: Wenn mein Freund mir, um mir zu meinem Geburtstage eine Freude zu bereiten, eine goldene Busennadel ohne mein Wissen in die Tasche steckt, so erwerbe ich allerdings den Gewahrsam. Denn hier handelt es sich um einen der vielen Fälle, wo der Wille des Inhabers, die Sache zu beherrschen, als selbstverständlich zu unterstellen ist. Wenn aber ein Dieb, um den Verdacht von sich abzuwälzen, die Liebenswürdigkeit hat, einen gestohlenen Brillantschmuck in die Tasche meines Überziehers zu praktizieren, so wird damit kein Gewahrsam begründet.[2]) Denn

[1]) A. M. Römpler S. 40.

[2]) Vgl. die auf S. 50 zitierte Literatur und die einschlägigen Ausführungen. Nicht ganz einverstanden mit Hans Ewald S. 20 und Ernst Ewald S. 31; wenn letzterer in dem gleichgelagerten Fall Gewahrsam annimmt und dies damit begründet, dass er einen Griff in seine Tasche absolut nicht gestattet, so muss er auch bei den in das Zimmer gelegten Ansichtssachen (Beispiel auf S. 32) den Gewahrsam anerkennen, da er doch logischerweise auch einen Griff in das Zimmer absolut nicht erlauben darf.

es fehlt grundsätzlich und vernünftigerweise an dem nötigen Willen, ein derartiges tätsächliches Verhältnis in den Augen der Mitwelt bestehen und von ihr anerkennen zu lassen. Der Brillantschmuck in meiner Tasche bleibt deshalb unbesessen und ist wohl tauglich zu einer Unterschlagung, aber nicht zu einem Diebstahl. Eine Änderung der Sachlage tritt ein, wenn ich nach Entdeckung des Schmuckes nicht sogleich Anstalten treffe, seiner los zu werden. Tue ich dies nicht, so liegt sicherlich in diesem Umstande eine Betätigung des Willens, daran Gewahrsam zu erwerben.[1]) Anders natürlich, wenn es der Brillantschmuck ist, der einer mir gut befreundeten Familie gestohlen wurde. Hier werde ich die moralische Verpflichtung haben, ihn, wenn ich auch von seiner Existenz in meiner Tasche noch nichts weiss, in Wahrnehmung fremder Interessen in meine Schutzgewalt aufzunehmen.

Es wäre ebenso falsch wie nutzlos, wollte man die Frage der Begründung des Gewahrsams nur kasuistisch zu lösen versuchen, weil es unendlich viele Gestaltungen in der Beherrschung einer Sache gibt. Aus dem gleichen Grunde darf man auf diesem Gebiete nicht mit starren mathematischen Formeln arbeiten. Gerade bei der Beurteilung von Grenzfällen ist meiner Anschauung nach der subjektiven Anschauung, der Verkehrssitte und noch manch anderen Faktoren der freieste Spielraum gelassen.

§ 16.

III. Verlust des Gewahrsams.

Vorbemerkung.

Der Gewahrsam wird dadurch verloren, dass ihn der Inhaber freiwillig aufgibt oder ohne seinen Willen verliert.

A. Eine freiwillige Aufgabe des Gewahrsams liegt
   a) in einem absichtlichen Preisgeben (Dereliktion) der Sache,
   b) in der Übertragung des Gewahrsams an eine andere Person.

B. Ohne den Willen des Inhabers — also unfreiwillig — geht der Gewahrsam dadurch verloren,

---

[1]) Vgl. Binding S. 289.

a) dass der Inhaber in die dauernde Unmöglichkeit seiner Ausübung versetzt wird,
b) dass ein fremder Herrscherwille zwischen ihn und die Sache tritt.[1])

§ 17.

A. Unfreiwilliger Gewahrsamsverlust.

a) Die dauernde Unmöglichkeit der Gewahrsamsausübung tritt zunächst ein, wenn der Inhaber die Sache verliert. Das B.G.B., das wohl das Fundrecht ausführlich geregelt hat, (§§ 965 ff.), hüllt sich über den Begriff der „verlorenen Sache" ins tiefste Dunkel. Nach der herrschenden Ansicht gilt eine Sache als „verloren", wenn sie durch Zufall gegen den Willen des Besitzers aus dessen tatsächlichem Machtbereich an einen ihm unbekannten oder dauernd unzugänglichen Ort gelangt ist und sich in niemands tatsächlicher Herrschaft befindet.[2]) Gerade dieses letzte Moment, auf das die Kriminalisten wenig Gewicht zu legen scheinen, darf m. E. nicht übersehen werden, um den § 246 St.G.B. im Falle des sogenannten Funddiebstahls richtig anzuwenden. Beispiel: Ein Fahrgast findet im Eisenbahnwagen eine Geldbörse und behält sie für sich. Liegt nun Diebstahl oder sogenannter Funddiebstahl vor? Unserer Ansicht

---

[1]) In diesem Sinne Frank, Anm. 5 zu § 242; Binding, Lehrb. S. 290; Hälschner 2. 284, System 3. 430.

[2]) Sehr bestritten. Vgl. Biermann, Anm. 1 zu § 965 B.G.B.; Planck 1. und 2. Aufl., Anm. 1a zu § 965; Dernburg I 3. 334; Endemann 2. 150, 343; besonders hat der Aufsatz von Schäfer Bl. f. R.A. 68. 1 ff. den Streit von neuem entfacht; er verneint, dass eine im Gasthaus verlorene Sache gefunden werden könne, weil sie in dem von einem anderen beherrschten Raume überhaupt nicht verloren werde. Der Herr des Raumes erlange sofort wieder den verlorenen Besitz, wenn auch ohne sein Wissen, und so könne von einem Finden keine Rede mehr sein. a. M. Silberschmidt, Bl. f. R.A. 68. 109 ff. Ähnlich Francke, Annalen 1903 S. 310 ff.; 1904 S. 229 ff.; Brückmann, Archiv f. B.R. 23. 322 ff. leugnet den Zusammenhang der „verlorenen Sache" mit dem Besitzverlust, der erstere Begriff sei vielmehr rein wirtschaftlich und subjektiv. Dagegen Silberschmidt, Bl. f. R.A. 69. 337 ff.; — Die Definitionen der Strafrechtslehrer stimmen im grossen und ganzen überein. Binding, Lehrb. S. 290, der in der Anm. 3, ähnlich wie Brückmann, den Willen des bisherigen Inhabers entscheidend sein lässt, welcher entweder die Mühe der sicheren Widererlangung nicht scheue, oder sie „verloren gibt". Hälschner 2. 285, System 3. 432; Olshausen, Anm. 17a zu § 242; Oppenhoff, Anm. 15 zu § 242; Merkel H.H. 3. 637; zu unbestimmt Kapff S. 69 und F. C. Huber S. 81.

nach Diebstahl, da der Gewahrsam in dem Momente, wo die Börse für den Eigentümer „verloren“ ist, auf die Eisenbahnverwaltung übergegangen ist, die bekanntermassen wie alle öffentlichen oder privaten Behörden durch Anschlag das Publikum auffordert, die in ihren Räumlichkeiten aufgefundenen Sachen an der geeigneten Verwahrungsstelle abzugeben und somit den ausdrücklichen Willen kundgibt, an den betreffenden Gegenständen den Gewahrsam zu erwerben.[1]) Niemand dürfte wohl so wenig weltgewandt und unerfahren sein, dass er nicht von einer derartigen Verpflichtung wüsste. Zieht man den § 978 B.G.B. heran, wonach die in den Geschäftsräumen oder den Beförderungsmitteln einer öffentlichen Behörde oder einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Anstalt gefundenen Sachen sofort in die Detention des Besitzers der betreffenden Räumlichkeit gelangen und daher dem Fundrechte entzogen sind, also auch nicht im gewöhnlichen Sinne „gefunden“ werden können,[2]) so haben wir in diesem Punkte zufällig eine Übereinstimmung von Zivil- und Strafrecht.[3]) Nach den Bestimmungen des ersteren

---

[1]) Im gleichen Sinne Hälschner, System 3. 433, Hälschner 2. 286; Dickel S. 33; Rüdorff I, Anm. 6 zu § 242. Binding, Lehrb. S. 287 und im Anschluss an ihn Rotering, J. V. Schr. 33. 30 sprechen hier von einem subsidiären Besitzwillen; dabei sei beachtlich, dass zwischen dem Verluste des Gewahrsams des Eigentümers und dem Gewahrsamserwerb seitens der betreffenden Anstalt eine Pause eintreten, worin letztere jedenfalls noch nicht besitze, die Sachen vielleicht überhaupt unbesessen seien. Bei Frank, Anm. zu § 242, findet sich ein ähnlicher Gedanke. An Stelle des durch Verlieren oder Vergessen aufgehobenen Gewahrsams könne der Gewahrsam des Ortes eintreten. Dies sei jedoch nur anzunehmen, wenn der Ort ein privater sei, so könne an dem stehengebliebenen Regenschirm ein Dritter erst dann einen Diebstahl begehen, sobald der Wirt den Schirm als stehengeblieben erkannt und in seine Obhut genommen habe. Mit anderen Worten: von diesem Zeitpunkt an, erwirbt erst der Wirt den Gewahrsam. Ob diese künstliche Konstruktion der drei letzten Schriftsteller dem praktischen Bedürfnis Rechnung trägt, bezweifle ich. Warum sollte in derartigen Fällen der generelle Besitzwille den unmittelbaren Übergang des Gewahrsams nicht vermitteln können?

[2]) Endemann 2. 346; Kober in Staudingers Kommentar 3. 237; Planck 3. 239, Vorbem. zu §§ 978—982; Eger, Z. f. Rechtspflege 1. 138; Motive z. Entw. des B.G.B. 3. 387 Z. 2. Nicht richtig Ernst Ewald S. 55, der das Fundrecht § 965 B.G.B. auf den Fall § 978 B.G.B. anwendbar erklärt. Wenigstens der Sinn des lakonisch gehaltenen Textes spricht für diese Annahme. Was soll aber dann Satz 2 des § 978 B.G.B. bedeuten?

[3]) Ernst Ewald a. a. O. findet mit Unrecht die Übereinstimmung gerade in entgegengesetzter Richtung.

würde ein Dritter durch die Besitznahme der Sachen verbotene Eigenmacht ausüben.

Gleiches ist Rechtens rücksichtlich der in Privaträumen wie in der Wohnung, den Wirtslokalen, dem Kaufladen, verlorenen Sachen.[1])

Keine ernste Beachtung verdient bei dem sogenannten Funddiebstahl der Umstand, ob der Finder die Sache schon mit Aneignungsabsicht zu sich nahm, oder erst die Absicht die Sache sich anzueignen, der Begründung des Gewahrsams nachfolgte. Denn diese geht in jedem Falle der Aneignung voraus.[2])

Wie verlorene Sachen werden behandelt zahme Haustiere, die die Gewohnheit abgelegt haben, an den ihnen bestimmten Orten zurückzukehren oder doch derartig sich verlaufen haben, dass sie den Rückweg nach Hause nicht mehr finden. Verlassen sie, ohne dass jene Voraussetzungen vorhanden sind, das Grundstück ihres Besitzers, so charakterisiert sich deren Wegnahme als Diebstahl;[3]) ebenso das Wegnehmen von Tieren, die sich zwar in ihrer natürlichen Freiheit aufhalten, aber die consuetudo revertendi beibehalten haben (zahme Schwäne).[4])

Ein gefangenes wildes Tier wird herrenlos, und es geht somit der Gewahrsam des Besitzers unter, wenn es die Freiheit wieder erlangt und jener das Tier nicht unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgibt.[5]) Das gleiche gilt für den ausziehenden Bienenschwarm (§ 961 B.G.B.).

Zu unterscheiden von einer verlorenen Sache sind verlegte, vergessene und versteckte Sachen.

„Verlegt" ist eine Sache, von der der Inhaber weiss, dass sie sich in den von ihm beherrschten Räumen befindet, aber ihren derzeitigen Aufenthaltsort nicht kennt. An ihr besteht sein Gewahrsam fort,[6]) weil er den Willen und die Macht hat, den Inhalt

[1]) Hier gilt das gleiche wie bei Anm. 3, vgl. auch Anm. 2; bes. Ansicht Franks.

[2]) So Hälschner 2, 361; H. Meyer S. 544; v. Liszt S. 447; Rotering G.S. 36. 575; a. M. Olshausen, Anm. 8a zu § 246; Oppenhoff, Anm. 37 zu § 246; Hans Ewald S. 22; Ernst Ewald S. 24; E. 19. 38.

[3]) G.A. 11. 363; 13. 67; 38. 65; E. 12. 310; 20. 271.

[4]) E. 21. 341.

[5]) Vgl. § 960 Abs. II. B.G.B.

[6]) Darüber scheint Einigkeit zu herrschen. v. Liszt S. 429; Merkel, H.H. 3. 637; Berner S. 555; Olshausen, Anm. 17b zu § 242; Frank, Anm. V zu

des ganzen Raumes zu beherrschen. Eben deshalb ist die im eigenen Hause oder der eigenen Wohnung verlorene Sache einer verlegten gleich zu erachten[1]) und kann demnach von niemandem gefunden werden.[2]) Heisst es doch schon im Volksmunde: „Das Haus verliert nichts". Das Dienstmädchen, welches sich das von mir in der Eile verlegte Taschenmesser aneignet, begeht also einen Diebstahl.

„Vergessen" oder „liegen geblieben" nennt man eine solche Sache, die von dem Besitzer an einem ihm wohlbekannten Orte zurückgelassen wurde, zu dem er jederzeit gelangen kann. Da hier die tatsächliche Herrschaft durch die blosse Kenntnis vermittelt wird, so geht der Gewahrsam nicht verloren,[3]) es sei denn, dass inzwischen jemand anderer den Gewahrsam erworben hat. Beispiele: 1. A. lässt im Walde an einer Stelle, die er genau kennt, seine Brieftasche liegen. 2. C. verliert im Laden des B. seinen Stock. Im ersteren Falle dauert der Gewahrsam fort,[4]) sofern der

§ 242; Rüdorff I, Anm. 6 zu § 242; Rotering, J. V. Schr. 33. 31; Ernst Ewald S. 36; Dickel S. 32; O.R. 18. 597, E. 3. 201.

[1]) Da mit der Grösse des Raumes die Wahrscheinlichkeit des Wiederfindens abnimmt, so gebe ich Merkel, H.H. 3. 637, recht, dass eine Sache innerhalb des eingefriedigten Besitztums des bisherigen Besitzers verloren gehen kann. Ebenso Rotering, J. V. Schr. 33. 31.

[2]) F. C. Huber S. 74; Silberschmidt, Bl. f. R.A. 68, 109. Nicht einverstanden mit Olshausen, Anm. 17b, dass eine verlegte Sache erst dann für „verloren" anzusehen sei, wenn die Nachsuchung als erfolglos aufgegeben ist. Denn damit wird gerade das typische der verlegten Sache geleugnet.

[3]) Ebenso die gemeine Meinung. v. Liszt S. 429; Berner S. 555; Olshausen, Anm. 17b; Oppenhoff, Anm. 19 zu § 242; Hälschner 2. 285, 286, System 3. 433, der im Prinzip die Fortdauer des Gewahrsams anerkennt. Desgl. Hans Ewald S. 23; F. C. Huber S. 82; a. M. Ernst Ewald. Auf S. 37 führt er über die vergessene Sache aus: „Erinnere ich mich des Aufenthalts der Sache nicht mehr, so kann ich die Herrschaft über sie nicht ausüben. Der Gewahrsam hört auf. Ist mir aber der Aufenthaltsort der Sache im Gedächtnis geblieben, so ruht die Herrschaft eine Zeitlang". Dem ist entgegenzuhalten: 1. Eine Sache, deren Aufenthaltsort man nicht im Gedächtnis hat, ist überhaupt nicht eine „vergessene", sondern eine „verlorene". 2. Von einem „Ruhen der Herrschaft" zu sprechen, lässt auf eine Verkennung der wahren Sachlage schliessen. Ein derartiges indifferentes Verhältnis verträgt unser Strafrecht überhaupt nicht. Denn ein Wegnehmen, das ist Stehlen, aus einem „ruhenden Gewahrsam" kann ich mir nicht vorstellen. Frank, Anm. V zu § 242 stellt den Gewahrsam an vergessenen Sachen überhaupt in Abrede, da in der Mehrzahl dieser Fälle die normale Beziehung zur Sache fehle.

[4]) Derjenige, der die Brieftasche sich zueignet, ist ein Dieb. In der Praxis wird die Anwendung des § 242 St.G.B. in derartigen Fällen nicht möglich sein, da

Verbleib der Brieftasche dem Gedächtnis nicht entschwunden ist und keine äusseren Hindernisse obwalten, dieselbe zurückzuholen. Zeitlich ist jedoch insoweit eine Grenze gesetzt, als die Zurückholung der Brieftasche innerhalb eines normalen Zeitraums stattfinden muss. Lässt A. Wochen oder gar Monate vergehen, so müsste er gegen sich gelten lassen, dass er den Gewahrsam an der Brieftasche preisgegeben habe. Im zweiten Beispiel hat C. beim Verlassen des Ladens den Gewahrsam an dem Stock verloren, da an Stelle seines Herrscherwillens der generelle Herrscherwille des B. getreten ist, dem alle Sachen im Laden unterworfen sind. Den Gewahrsam hat demnach B. Durch Ableugnung des Gewahrsams begeht B. eine Unterschlagung, jeder Dritte durch Wegnahme des Stockes aus dem Laden einen Diebstahl.[1]) Darum kann dem Reichsgerichte nur beigepflichtet werden, wenn es dem Besitzer oder Verwalter einer Badeanstalt den Gewahrsam an der vom Badegaste in der Badezelle aus Vergesslichkeit liegen gelassenen Uhr zuspricht.[2])

Unter den Begriffe „versteckte“ Sachen fallen solche, die der Besitzer aus dem Grunde verborgen hat, um sie dem Zugriffe Dritter zu entziehen. Der Gewahrsam bleibt solange bestehen, als der Besitzer den Aufenthaltsort kennt und die Verfügungsmöglichkeit über sie jederzeit geltend machen kann.[3])

---

der dolus nicht immer nachzuweisen sein wird, insofern eine Sache äusserlich als „liegengelassen“ nicht erkennbar ist, sie vielmehr meistens als eine „verlorene“ angesehen wird. Anders natürlich im zweiten Beispiel.

[1]) G.A. 12. 257; 21. 227; richtig Hilse, hinsichtlich der in Strassenbahnwagen vergessenen Sachen. G.A. 39. 409.

[2]) Urteil des IV. Sen. vom 16. 5. 1902. J. W. Schr. 1902 S. 510.

[3]) Allgemein anerkannt. G.A. 20. 479. Zu erwähnen wäre noch die „unbemerkt entfallene“ Sache. Ob an ihr der Gewahrsam erloschen ist, ist reine Tatfrage. Die Raumverhältnisse, die Zugänglichkeit zu dem Orte, wo die Sache liegt, sind wohl zu berücksichtigen. Nicht nötig ist für die Fortdauer des Gewahrsams, dass — wie Ernst Ewald meint — der bisherige Inhaber den Vorgang des Entfallens bemerkt haben müsse. Entfällt mir auf der Strasse meine Zigarrentasche und hebt sie ein anderer, der sie bei mir fallen sah, in Absicht rechtswidriger Zueignung auf, so begeht er einen Diebstahl. Der Gewahrsam an der Zigarrentasche war noch bei mir, da ich noch die Möglichkeit hatte, an ihr die physische Herrschaft auszuüben. Zu weit geht jedoch wieder das Reichsgericht in dem Urteil vom 4. 7. 1895 G.A. 43. 250.

Ausser durch Verlieren kann der Besitzer seiner Sache des Gewahrsams verlustig gehen, wenn durch höhere Gewalt oder sonst durch Zufall eine derartige Veränderung in der örtlichen Lage einer Sache herbeigeführt wird, dass der bisherige Besitzer praktisch nicht mehr imstande ist, die tatsächliche Herrschaft auszuüben, z. B. Hochwasser reisst das in der Nähe meines Hauses aufgeschichte Holz stundenweit fort; bei Feuersbrunst suchen die erschreckten Haustiere das Weite; auf dem Gipfel eines Berges entführt der Wirbelsturm einem Touristen den Hut; mir fällt ein Geldstück in einen See. etc. —

b) Schliesslich wird der Gewahrsam aufgehoben, wenn zwischen die Sache und den Willen des bisherigen Inhabers die jenen Willen verneinende und seine Betätigung ausschliessende tatsächliche Herrschaft eines anderen getreten ist.[1]) In dieser Verschiebung der Gewahrsamsverhältnisse liegt die Vollendung des Diebstahls. So entspricht es der in der neueren Doktrin allgemein anerkannten Apprehensionstheorie, die mit der geschichtlichen Entwicklung des Diebstahlsbegriffes völlig übereinstimmt.[2]) Unser Reichsstrafgesetzbuch[3]) hat klugerweise Abstand genommen kraft positiver Gesetzesvorschrift, die genannte Theorie anzuerkennen und zu billigen; aber gerade in diesem Umstande ist das stillschweigende Einverständnis zu erblicken.

Nach der jetzt herrschenden Meinung[4]) genügt zur Vollendung des Diebstahls einerseits nicht schon das blosse Berühren der Sache seitens des Diebes, wie es die früher vertretene Kontrektationstheorie gefordert hatte;[5]) andererseits aber geht wieder

---

[1]) **Binding**, Lehrb. S. 292.

[2]) **Merkel**, H.H. 3. 664.

[3]) Besondere Bestimmungen über die Vollendung des Diebstahls enthielten in mehr oder weniger glücklicher Textierung das bayerische St.G.B. von 1813 § 210 und von 1861 § 271; das hannoversche § 282; das württembergische von 1839 § 317; das sächsische von 1855 und 1868 § 273; das thüringische von 1849 § 215.

[4]) Der Streit über die drei Vollendungstheorien ist schon solange erledigt, dass ein näheres Eingehen auf sie überflüssig sein dürfte. Vgl. **Klien**, Diebstahl 1. 241; **Wächter**, Lehrb. 2. 285—288.

[5]) Kein Diebstahl, sondern Betrug liegt vor, wenn jemand eine ihm zugängliche fremde bewegliche Sache verkauft und dem getäuschten Käufer zur Abholung überweist. Auch hier muss der Verkäufer durch eigene Tätigkeit die Sache aus dem

entschieden zu weit die Amotions- oder Ablationstheorie, die das Fortschaffen der gestohlenen Sache an den ihr bestimmten Ort verlangte.[1]) In der Mitte dieser beiden Theorien steht die schon erwähnte Apprehensionstheorie. Nach ihr ist der Diebstahl vollendet, wenn der Täter selbst den Gewahrsam an der gestohlenen Sache erlangt hat.[2])

Die Beantwortung der Frage, ob diese Voraussetzung der Dieb wirklich erfüllt hat, ist nicht selten schwer, da sie wesentlich tatsächlicher Natur ist. An dieser Stelle grenzen Vorbereitungshandlung und Versuch einerseits, Versuch und Vollendung des Diebstahls andererseits eng aneinander. Der Taschendieb z. B., der in dem Augenblicke ertappt wird, wo er seine Hand nach einer fremden Tasche ausstreckt, ist lediglich des versuchten Diebstahls schuldig.[3]) Hat er jedoch die Sache bereits aus der Tasche, ohne sie aber schon zu sich gesteckt zu haben, entfernt, so liegt vollendeter Diebstahl vor. Denn der Taschendieb hat damit schon seinen

---

Gewahrsam des bisherigen Besitzers fortschaffen und erst dann an ihr dem Käufer den Gewahrsam verschaffen. E. 21. 110; Olshausen, Anm. 24 zu § 242; Oppenhoff, Anm. 42 zu § 242; Hälschner S. 2. 288; a. M. Merkel, H.H. 3. 643; H. Meyer S. 556; Schütze S. 472. N. 10 („es genüge die Zueignung der Sache im Werte"); Binding, Grundriss 2. 146.

[1]) O.R. 14. 681; 16. 765. G.A. 46. 115. Urteil des Reichsgerichts vom 20. Januar 1898. In den Gründen ist ungefähr ausgeführt: „Wegnehmen" ist nicht gleichbedeutend mit „Wegschaffen". Die Weg- und Ansichnahme durch den Dieb (Apprehension) kann vollendet sein, bevor der weggenommene Gegenstand von dem Orte seiner bisherigen Verwahrung weggeschafft ist. Diese Wegschaffung (Ablation) ist kein Tatbestandsmerkmal des § 242 St.G.B." Vgl. auch E. 27. 395, bes. 397.

[2]) So die gemeine Meinung. Berner S. 556 sagt: „Besitzergreifen ist mehr als berühren, weniger als Wegtragen".

[3]) Vgl. Rechtsspr. 2. 179; 6. 641. Überhaupt ist das Anwendungsgebiet des Versuchs beim einfachen Diebstahl sehr klein abgesteckt, da die Wegnahme meistens in einem Akt besteht. Hälschner 2. 304. Merkel H.H. 3. 667; Olshausen Anm. 39 zu § 242; beispielsweise wurde Versuch angenommen bei unbefugtem Eintritt in eine Wohnung, um zu stehlen. O.R. 15. 106; 17. 282. Auch kann bereits in dem Versuch der Eröffnung eines Behältnisses, aus welchem Sachen gestohlen werden sollen, oder im Einsteigen in ein bewohntes Gebäude zur Nachtzeit in diebischer Absicht der Anfang der Ausführung des Wegnehmens gefunden werden. Rechtspr. 4. 44; E. 38. 177. Zustimmend in ersterer Hinsicht, aber nicht in letzterer Wittich D. J. Z. 11. 534. — Über Diebstahl an Tieren durch Anlocken und Füttern derselben: Annalen des Reichsgerichts 8. 294.

eigenen Gewahrsam begründet, wobei es bedeutungslos ist, ob die erlangte Herrschaft bereits eine gesicherte ist.[1])

Von diesem gleichen Gesichtspunkte ist auszugehen, wenn der Dieb sich mit der gestohlenen Sache noch in den Räumen des bisherigen Inhabers aufhält. Der Tatbestand des § 242 St.G.B. wird nicht nur dadurch erfüllt, dass der Dieb genommene Sachen zu sich gesteckt hat, sondern es genügt schon, wenn er sie zur Mitnahme für sich ausgesondert hat.[2]) Gleichgültig ist, wenn er nach Besitzergreifung plötzlich ertappt und gezwungen wird, die gestohlenen Sachen am Tatort zurückzulassen.

Nicht ist jedoch hinreichend, wenn der Dieb die Sache nur prüfend in die Hand nimmt oder für sich bereit legt, um dadurch die spätere Wegnahme vorzubereiten. So derjenige, der in einem Goldwarenladen sich verschiedene Schmuckgegenstände, um sie angeblich zu kaufen, zeigen lässt, sie vor den Augen des Verkäufers in die Hand nimmt und einige Sachen, als ob er sie zum Kaufe besonders geeignet finde, gesondert neben die anderen legt, um damit, sobald der Verkäufer sich umkehrt, davonzurennen. Hier kann nur versuchter Diebstahl[3]) angenommen werden. Denn nicht jedes Ergreifen oder Ansichnehmen der Sache, oder jedes „loco movere“ schlechthin darf als genügend zur Vollendung des Diebstahls angesehen werden.[4])

Keine Einigkeit herrscht in der Beurteilung derjenigen Fälle, wo der Täter die Sache in den Räumen des bisherigen Besitzers selbst versteckt, um sie später abzuholen. Dabei kommt es darauf an, ob dadurch der Gewahrsam dem bisherigen Inhaber entzogen und auf den Dieb übergegangen ist. Auch hier geben wieder die tatsächlichen Feststellungen allein den Ausschlag, so dass eigentlich ein einheitlich entscheidendes Kriterium dafür nicht gut aufgestellt werden kann. Von einer Vollendung des Diebstahls kann eben nur dann gesprochen werden, wenn der Dieb eine derartige

---

[1]) G.A. 27. 458; **Merkel H.H.** 3. 664; **Hälschner** 2. 304.

[2]) **Binding**, Lehrb. S. 293; **Oppenhoff**, Anm. 39 zu § 242; **Rechtspr.** 2. 660; **G.A.** 40. 51; 46. 115; **E.** 8. 177; **aber G.A.** 37. 179.

[3]) In dem Beiseitelegen der Sachen liegt der Anfang des Wegnehmens. Vgl. über Vorbereitungshandlung und Versuch den Aufsatz von **Oetker**: „Versuch und die schweizerischen Strafgesetzentwürfe“. **Z. f. ges. Str.W.** 17. 52 **ff. bes.** 65 **ff.**

[4]) **Merkel H.H.** 3. 665. **Oppenhoff, Anm.** 3 zu § 242, **Hälschner** 2. 304.

Veränderung der örtlichen Lage der gestohlenen Sachen herbeigeführt hat, dass nunmehr dem bisherigen Besitzer jede Betätigung seiner Herrschaft unmöglich gemacht und diese auszuüben nur der Dieb imstande ist.[1]) Dieses letztere Moment wird jedoch in denjenigen Fällen fehlen, wo der Dieb so wenig Herrschaft erlangt hat, dass die eigentliche Wegschaffung als der schwierigste und gefährlichste Teil des Diebstahls erscheint. Dann ist nur versuchter Diebstahl gegeben, der sich erst durch das spätere Abholen vollendet. Sollte der Täter sich dabei den Zugang durch Einsteigen oder Erbrechen von Behältnissen verschaffen, so qualifiziert sich der Diebstahl als ein schwerer. Denn er hat dann eine zum Tatbestand des Diebstahls gehörige Handlung — Erwerbung des eigenen Gewahrsams — mittels Einsteigen usw. ausgeführt.[2])

§ 18.

B. Freiwilliger Gewahrsamsverlust.

a) Dereliktion.

Der Inhaber einer Sache verliert den Gewahrsam an ihr durch Besitzentäusserung, verbunden mit der erkennbaren Absicht, auf das Eigentum zu verzichten (animus dereliquendi).[3]) Diese Absicht braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden; sie kann in der Behandlung der Sache äusserlich hervortreten.[4]) Ich lasse Zeitungen, die ich mir auf der Reise gekauft habe, im Eisenbahnwagen zurück; ich hole den Regenschirm, den ich im Gasthause stehen liess, nicht ab.

---

[1]) So die herrschende Meinung. Binding, Lehrb. S. 293; Oppenhoff, Anm. 39 zu § 242; Olshausen Anm. 25 zu § 242; Rüdorff I, Anm. 12 zu § 242; James Goldschmidt G.A. 47. 356 ff.; Berner S. 556 entscheidet die Frage kurz aber treffend in der Weise, dass er sagt, es komme darauf an, ob das Verstecken der Sache so geschieht, dass der Dieb die Sache nur abzuholen braucht, oder ob er sich erst noch in die Verfügungsgewalt setzen muss. Im ersten Falle haben wir Vollendung, im zweiten Versuch. Dickel S. 46. Bes. E. 12. 353. Abweichend Hälschner 2. 286, System 3. 433. Ein solches Verstecken würde höchstens als versuchter Diebstahl zu strafen sein, weil der Täter die Sache im Gewahrsam des Hausherrn zurückgelassen und somit nicht selbst Gewahrsam erworben habe. Ähnlich Frank, Anm. VI zu § 242.

[2]) Frank, Anm. VI zu § 242.

[3]) § 959 B.G.B.

[4]) Vgl. Bl. f. R.A. 41. 384.

Derelinquierte Sachen sind herrenlos und es kann deshalb an ihnen kein Diebstahl begangen werden. So wurde in der Praxis der Diebstahl an den Kadavern der zur Verhütung der Rinderpest getöteten und verscharrten Tiere verneint.[1])

Keine präzise und übereinstimmende Erledigung hat die Frage gefunden, ob die einer Leiche ins Grab mitgegebenen Sachen als derelinquiert zu erachten sind. Die herrschende Lehre[2]) verneint Dereliktion und will deshalb die Wegnahme solcher Sachen als Diebstahl bestraft wissen mit der Begründung, dass dieselben entweder im Eigentum des Friedhofseigentümers oder des Besitzers des Grabes — das werden gewöhnlich die Hinterbliebenen sein — stehen. *Binding*[3]) und noch einige andere Schriftsteller[4]) halten Dereliktion als das Richtige, indem sie ein derartiges Eigentumsverhältnis bestreiten. Der letzteren Ansicht ist m. E. nach der Vorzug zu geben.

Zunächst ist davon auszugehen, dass Begräbnisplätze res in commercio sein können,[5]) also auch im Eigentum einer politischen Gemeinde oder einer Religionsgesellschaft oder auch einzelner Privatpersonen (z. B. Erbbegräbnisstätten auf Landgütern) stehen können. Was nun das Recht an einem einzelnen Grabe betrifft, das zur Aufnahme eines Leichnams bestimmt ist, so ist bezüglich des zuletzt aufgeführten Beispiels zunächst ohne weiteres klar, dass dieses Recht mit dem an der Erbbegräbnisstätte zusammenfällt, mit a. W. das Eigentum an dieser erstreckt sich auch auf das einzelne Grab. Komplizierter ist jedoch das Rechtsverhältnis in dem Falle — das ist bei uns auch die Regel —, wo jemand ein Grab in Gemässheit der bestehenden Kirchhofordnung in einem Gottesacker einer politischen Gemeinde oder einer Religionsgesellschaft erworben hat. Ist der Erwerber hiermit Eigentümer des Grabes geworden und

---

[1]) Rechtsspr. 3. 174.

[2]) Olshausen, Anm. 9 und 37c zu § 242; Oppenhoff, Anm. 2 zu § 168; Rüdorff I, Anm. 7 zu § 242; Kohler 1. 211; Berner, S. 445, 446; Hälschner 2. 717; Merkel, H.H. 3. 633; Wahlberg, H.H. 3. 271; Hans Ewald, S. 26. H. Meyer, S. 534; Crusen, S. 62; Frank, Anm. III, 2g zu § 242 sagt: „Die Absicht ist wohl die, dass auf das Eigentum erst später (bei der Zerstörung des Grabes) verzichtet werden soll. In der Zwischenzeit ist also Diebstahl möglich". — G.A. 26. 233.

[3]) Normen 2. 533, Lehrb. S. 187, 262.

[4]) Rotering, G.A. 47. 249; G.S. 35. 360; 38. 294; v. Liszt, S, 427; Dickel, S. 25.

[5]) Staudinger, Kommentar 1. 261.

hat also dieses Stück Erde aufgehört im Eigentum z. B. der politischen Gemeinde zu sein? Allerdings redet man in derartigen Fällen nach unserm Sprachgebrauche von einem „Gräberkauf"; aber ein „Kauf" im Sinne der §§ 433 ff. B.G.B. kann deshalb nicht in Mitte liegen, weil es an den nötigen gesetzlichen Voraussetzungen fehlt. Es handelt sich hier lediglich um das Recht, einen bestimmten Platz des Kirchhofs zum Zwecke der Beerdigung von Leichen während eines gewissen Zeitraum — d. i. die Umtriebszeit — gegen Entgelt benützen zu dürfen. Also eine Art Benutzungsrecht[1]) — ein mietähnliches Recht —, das durch orts- oder distriktspolizeiliche Vorschriften genau festgelegt, zugleich aber auch bis zu einem gewissen Grade beschränkt ist.[2]) Das bezahlte Entgelt trägt demnach auch nicht den Charakter eines Kaufpreises, sondern nur den einer Platzgebühr. Deshalb geht das Stück Grund und Boden eines öffentlichen Friedhofs, das jemand als Begräbnisplatz erwirbt, nicht in dessen Eigentum über, sondern verbleibt in dem des Kirchhofeigners. Schon diese Ausführungen allein lassen die Unhaltbarkeit der gegnerischen Ansicht unschwer erkennen. Dazu kommt aber noch folgendes: Der Totenfrieden gilt nach unserem religiösen wie ethischen Empfinden als unverletzlich, wie auch auf diesem Gedanken der § 168 B.G.B. beruht, der den Schutz gegen die Störung der Totenruhe bezweckt.[3]) Daraus ergibt sich, dass von dem Zeitpunkte an, wo der Verstorbene bestattet ist,[4]) jede Verfügungsgewalt an den dem Leichnam mitgegebenen Sachen seitens der Hinterbliebenen erloschen ist, ja erlöschen muss, da ihre Betätigung mit der Zerstörung des Grabes selbst verbunden wäre. Aus diesem Grunde könnten die Hinterbliebenen nur mittels eines Verbrechens ihr Eigentum an den Sachen geltend machen. Wenn vielleicht dagegen eingewendet werden will, dies sei deshalb nicht richtig, weil bekanntlich jeder Besitzer eines Grabes das Recht

[1]) **Staudinger, Kommentar 1. 261; Gareis, Bl. f. R.A. 70. 311.**

[2]) **Die Regelung dieses Benutzungsrechtes im öffentlichen Interesse ist durch Art. 133 E.G. z. B.G.B. der Landesgesetzgebung vorbehalten.**

[3]) **Auch bei Völkern, die den Totenkultus als Hauptbestandtteil der Religion betrachten, zählte die Verletzung des Totenfriedens zu den schwersten Verbrechen — crimen laesae religionis —. E. Merkel S. 25.**

[4]) **Der Begriff „bestattet" setzt nicht voraus, dass das Grab bereits geschlossen ist, sondern zum Grabe wird der ausgegrabene Schacht erst dann, wenn in demselben ein Toter nach kirchlichem Zeremoniell beigesetzt wurde. E. 28. 139; Kohler 1. 216.**

habe, dieses aus irgend welchen Gründen zu öffnen, so muss dem entgegengehalten werden, dass der Einzelne dazu kein Recht besitzt, sondern dass vielmehr zur Öffnung des Grabes stets die Zustimmung der Kirchhofverwaltung und auch der Polizeibehörde erforderlich ist.[1]) Unter solchen Umständen ist aber von einer Zurückbehaltung des Eigentums seitens der Relikten einfach nicht zu reden.

Wenn nun von anderer Seite die Behauptung aufgestellt wird, die dem Toten ins Grab gelegten Sachen gehen in das Eigentum des Friedhofseigners über, so könnte dies nur beruhen auf einem zweifachen Rechtsgrund, nämlich auf dem der Übertragung (§ 929 B.G.B.) und den der Accession (§ 946 B.G.B.). Ersterer kann wohl deshalb nicht ernstlich in Betracht kommen, weil das innere Moment, die Einigung, d. h. Willensübereinstimmung beider Kontrahenten über den Eigentumsübergang fehlt. Allerdings werden die Gegenstände einem Stück Grund und Boden des Friedhofs, das immer noch, wie oben ausgeführt, im Eigentum des Kirchhofeigner steht, anvertraut. Aber der Wille ihres bisherigen Eigentümers geht dabei sicherlich nicht dahin, dass der Eigentümer des Gottesackers nun darüber beliebig verfügen darf. Im Gegenteil. Aufhören soll jedes Privateigentum an den Sachen, jedem Handelsverkehr sollen sie entzogen werden; ihre einzige Zweckbestimmung ist im Schosse der Erde sich aufzulösen und chemisch zu zersetzen.

Mit ebensowenig Glück kann der § 946 B.G.B. (Accession) herangezogen werden, um auf ihn den Eigentumserwerb des Friedhofseigners zu stützen. § 946 B.G.B. lautet: „Wird eine bewegliche Sache mit einem Grundstücke dergestalt verbunden, dass sie wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird, so erstreckt sich das Eigentum an dem Grundstücke auf diese Sache“. Die Anwendbarkeit dieser Gesetzesstelle scheitert an dem Begriff „wesentlicher Bestandteil“, dessen Definition § 93 B.G.B. gibt. Im Sinne dieser Bestimmung aber können Gegenstände, die einem Toten

---

[1]) Gareis, a. a. O. S. 322; vgl. Kohler 1. 220. Im übrigen sind die Fälle der Grabesöffnung selten. Letztere kann eintreten, wenn z. B. eine Transferierung einer Leiche in ein anderes Grab vorgenommen wird, oder im Falle eines publizistischen Interesses, z. B. das des § 87 Ziff. 3 St.P.O. oder wenn landesgesetzliche Vorschriften nach einem gewissen Zeitablauf — die Umtriebszeit — die Wiederbenützung verfallener Gräber gestatten.

ins Grab mitgegeben werden, nicht als wesentliche Bestandteile eines Grundstücks erachtet werden.

Es lässt sich demnach weder auf Seiten der Hinterbliebenen, noch auf Seiten der Friedhofseigentümers ein Eigentumsverhältnis an den dem Leichnam beigelegten Sachen aufrecht erhalten, weshalb die Annahme der Dereliktion im vollen Masse gerechtfertigt erscheint. Damit erledigt sich von selbst die Gewahrsamsfrage.

Die Aneignung obengenannter Sachen fällt deshalb nicht unter den Diebstahlsparagraphen, sondern lediglich bei Ausschluss von Idealkonkurrenz unter den § 168 St.G.B.[1])

Es unterliegt jedoch keinem Zweifel, dass die Wegnahme von Sachen, die bei der Aufbahrung eines Verstorbenen im Leichenhause zum Zwecke des Schmuckes bei ihm niedergelegt wurden, als Diebstahl zu bestrafen ist, gleichgültig, ob die Wegnahme vom Leichenwärter oder sonst von einem Dritten geschieht.

b) Übertragung des Gewahrsams.

Freiwilliger Gewahrsamsverlust tritt ferner ein, wenn der bisherige Inhaber die tatsächliche Herrschaft über die Sache einer bestimmten Person überträgt. Dies vollzieht sich regelmässig im Wege der Tradition. Der Nachdruck ist hierbei darauf zu legen, dass die Übergabe mit dem Willen erfolgt, dass der andere den Gewahrsam an der Sache erwerben solle. Beim Handkauf z. B. wird der Verkäufer den Gewahrsam gewöhnlich erst mit der Bezahlung des Kaufpreises an den Käufer übertragen wollen.[2]) Deshalb hat auch das Reichsgericht[3]) zwei angebliche Käufer, welche nach der in Erwartung der Zahlung erfolgten Übergabe der Ware ohne Zahlung sich entfernten, wegen Diebstahls bestraft. Allerdings werden in allen Fällen dieser Art die begleitenden Tatumstände, insbesonders die Intentionen der Beteiligten, wohl zu berücksichtigen

---

[1]) Es soll nicht geleugnet werden, dass die gegnerische Ansicht dem Rechtsbewusstsein, das das Volk in sich trägt, allein entsprechen wird. Um die Lücke, die unserer Ansicht nach im Strafgesetzbuche besteht, auszufüllen, wäre es Sache des Gesetzgebers — folgend dem Beispiele anderer Staaten — wie z. B. Italien, Österreich, — vielleicht zum § 243 eine diesbezügliche Zusatzziffer zu machen.

[2]) Frank, Anm. IV zu § 242; Merkel, H.H. 3. 643; Binding, Lehrb. S. 287; Kapff S. 61.

[3]) E. 1. 289; vgl. auch G.A. 19. 613.

sein.[1]) Solange der eine Teil seinen Herrscherwillen aufrecht erhält und namentlich sich in der physischen Lage befindet, jeden Augenblick seine Verfügungsgewalt zu betätigen, kann der andere Teil einen Gewahrsamsübergang mit Erfolg nicht behaupten. Folglich hat der Gast keinen Gewahrsam an Messer, Gabel etc. des Wirtes, deren er sich vorübergehend bedient, ebenso nicht der Gefangene[2]) hinsichtlich der ihm von der Gefängnisverwaltung zur Benützung überlassenen Arbeitsgeräte, der Theaterbesucher, dem ich während der Vorstellung auf sein Ersuchen mein Opernglas auf kurze Zeit einhändige, der Fahrgast, der vom Fuhrmann einen Pelz zum Schutze gegen die Kälte erhalten hat,[3]) obschon in diesen Fällen dem Dritten ein ebenso hoher — wenn nicht höherer — Grad von Herrschaftsausübung zukommt als dem wirklich Berechtigten.

Nicht so, wenn das Gewaltverhältnis des Dritten den Charkter der Ausschliesslichkeit trägt. Dies trifft zu in allen Fällen, in denen einem Dritten eine Sache kraft eines Rechtsgeschäfts anvertraut[4]) wurde, mit der Verpflichtung, sie zu verwahren, verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern.[5]) Die Natur, Zweck und Rechtsgültigkeit des betr. Rechtsgeschäfts ist dabei irrelavant. Derartige Fälle des Anvertrauens sind anzunehmen bei der Leiche,[6]) Sachmiete, Hinterlegung, Verpfändung, beim Auftrag und Prekarium,[7]) bei der Übernahme des Mündelvermögens seitens des Vormundes.[8])

---

[1]) Vgl. E.O.L. 5. 24, wo in der Handlungsweise eines Käufers, der eine von ihm ausgewählte, ihm vom Verkäufer behändigte Ware vor der Zahlung des Kaufpreises mit sich nahm, ein Vergehen der Unterschlagung erblickt wurde. Lässt sich die Betrugsabsicht mit Sicherheit feststellen, so ist auch die Anwendung des § 263 St.G.B. nicht ausgeschlossen.

[2]) O.R. 19. 245; G.A. 26. 333.

[3]) G.A. 19. 401.

[4]) Im Gegensatz zu dem durch Zufall, Fund, Pfändung, Irrtum erlangtem Gewahrsam. Denn „Anvertrauen" bedeutet sprachlich Gewahrsamseinräumung im Vertrauen, der Empfänger werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen; vgl. E. 4. 386.

[5]) So die gemeine Meinung, E. 4. 386; 5. 323; 11. 85; vgl. Motive z. d. Entw. eines Strafgesetzbuches S. 166.

[6]) E. 6. 117.

[7]) Schütze S. 444.

[8]) E. 9. 337; ebenso Schütze a. a. O.

In allen angeführten Beispielen findet also eine Gewahrsamsübertragung unzweifelhaft statt. Der Dritte unterschlägt nicht, sondern veruntreut die anvertraute Sache.

Schliesslich ist noch anzuführen, dass eine Gewahrsamsübertragung in der Tatsache nicht gefunden werden kann,[1]) wenn der Eigentümer einer Sache deren Wegnahme geschehen lässt (nicht hindert), weil er z. B. den Dieb auf frischer Tat ertappen will, oder weil ihm die Sache so schnell weggenommen wird, dass er keine Zeit hat, es zu verhindern. Denn in einem solchen Verhalten liegt keine Einwilligung in die Wegnahme, weil erstere höchstensfalls sich nur auf den Bruch des eigenen, nicht aber Erlangung des fremden Gewahrsams erstreckt.[2])

Mit der Übertragung des Gewahrsams steht im engsten Zusammenhange das Verhältnis des Mitgewahrsams, weil dessen Bestehen einzig von der Beantwortung der Frage abhängt, ob eine Gewahrsamsübertragung in einem konkreten Falle sich vollzogen hat oder nicht. Es wird deshalb das Verhältnis des Mitgewahrsams in Anschluss an diese Erörterungen am zweckmässigsten behandelt.

§ 19.

IV. Das Verhältnis des Mitgewahrsams.

In unserem praktischen Leben, das eine Fülle von wirtschaftlichen Erscheinungen erzeugt, verdient der Mitgewahrsam wegen seiner grossen Wichtigkeit eine eingehende Beachtung. Dieser ist dann gegeben, wenn zwei oder mehrere Personen gleichzeitig in der Lage sind und den Willen haben, ein und dieselbe Sache ihrer

---

[1]) **Merkel**, H.H. 3. 643; **H. Meyer** S. 556; **Oppenhoff**, Anm. 34 zu § 242; **Olshausen**, Anm. 22 zu § 242; v. **Liszt** S. 429. Ebenso O.R. 15. 225. Der Fall war folgender: Der Käufer einer Quantität Spreu machte den Versuch, den mit der Zumessung beauftragten Arbeiter zu bestimmen, ihm statt Spreu Raps zu geben; letzterer ging mit Zustimmung seines Herrn soweit darauf ein, indem er den Käufer selbst des Rapses sich bemächtigen liess. Der Käufer wurde wegen Diebstahls verurteilt. **A. M. Binding**, Normen 2. 255. Nach einem früheren Erkenntnisse des gleichen Gerichts erfolgte bei derselben Sachlage Verurteilung wegen Unterschlagung, wobei allerdings im Prinzip zugegeben wurde, dass das Geschehenlassen oder Gelegenheitgeben von seiten des Eigentümers den Begriff des Diebstahls im allgemeinen nicht ausschliesse.

[2]) **Frank**, Anm. VI. 2 zu § 242.

tatsächlichen Herrschaft unterzuordnen. Ein solcher Mitgewahrsam kann zunächst beruhen;

I. auf Gleichberechtigung (Koordination),

II. auf Unterordnung (Subordination).

Ad I. Ein gleichberechtigtes Verhältnis besteht dann, wenn jeder der beiden Mitgewahrsamsinhaber willens ist, dieselbe Sache gleich stark auf Grund der gleichen Rechtsstellung in seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt zu haben, z. B. zwei Miteigentümer[1]) ihr mit gemeinschaftlichen Mitteln gekauftes Fahrrad, zwei Kassiere den Inhalt der Vereinskasse, zu der jeder einen Schlüssel hat, gleichgültig, ob jeder Schlüssel allein sperrt, oder ob beide Schlüssel zusammen verwendet werden müssen, mehrere offene Handelsgesellschafter[2]) den in ihrem Geschäftslokale befindlichen Warenvorrat u. s. w. In allen diesen Fällen[3]) „hat" jede Person die Sache derartig, dass sie ihr wegenommen werden kann. Die Verfügungsgewalt ist für jede eine beschränkte; es kann also der eine die des anderen dadurch brechen, dass er eine ausschliessliche für sich begründet und damit stiehlt er ihm die Sache.

Ad II. Was den Mitgewahrsam betrifft, der zwischen verschieden berechtigten Personen, namentlich zwischen über- und untergeordneten Personen besteht, so spielt gerade diese Erscheinung in unserem Wirtschaftsleben wie Rechtsverkehr eine gewichtige Rolle. Das charakteristische dieser Mitgewahrsamsart basiert darauf, dass sich die eine Person bei der Ausübung ihres Gewahrsams dem Willen der anderen, die gleichfalls eine tatsächliche Herrschaft, aber kraft besseren Rechts ausübt, unter-

---

[1]) Denn da einem Miteigentümer nach dem Begriffe des condominium pro partibus indivisis nur ein ideeller Anteil an der Sache zukommt, so ist sie im übrigen für ihn nur eine fremde. Eignet er sich somit die ganze Sache zu, so verletzt er das in dem ideellen Anteil bestehende Eigentumsrecht seines Genossen und begeht daher einen Diebstahl an einer fremden Sache. Das ist die herrschende Meinung. E. 1. 193; 4. 83; 20. 436; 31. 317. Über Diebstahl bei Gütergemeinschaft vgl. Rechtsspr. 3. 222. Als Miteigentum gilt nach § 1008 B.G.B. nur das sogenannte dominium pro partibus indivisis; das dominium pro partibus divisis ist dem B.G.B. fremd. Dieses wird, soweit es z. Zt. des Inkrafttretens des B.G.B. besteht, nach Art. 181 Ziff. 2 E.G. z. B.G.B. nach den Vorschriften des bisherigen Rechts beurteilt.

[2]) Vgl. O.R. 14. 332.

[3]) Vorausgesetzt ist natürlich, dass ein Teil nicht den ausschliesslichen Gewahrsam an der Sache hat. Sonst liegt Unterschlagung vor.

ordnen muss. Man spricht deshalb auch von einem oberen und unteren Gewahrsam, oder einem engeren und weiteren Gewahrsam, einer Stellvertretung im Gewahrsam. Hälschner[1]) präzisiert dieses Verhältnis dahin, „dass der Gewahrsam an sich als der dauernde Zustand bei dem Detentor verbleibt, während der Stellvertreter nur als das Instrument erscheint, mittelst dessen der Detentor momentan seinen Willen aktiv über die Sache betätigt. Dabei sei also die Voraussetzung die, dass der Detentor den Gewahrsam als solchen behalten, nicht auf den Stellvertreter übertragen will, auch wirklich in der entsprechenden faktischen Beziehung zur Sache verbleibt und dass der Stellvertreter eine Gewalt über die Sache nur momentan namens des Auftraggebers, ohne sich selbst den Gewahrsam anzumassen, ausüben will.“ Deshalb nimmt die herrschende Meinung Diebstahl an, wenn der Gewahrsamsstellvertreter sich rechtwidrig die ausschliessliche Verfügungsgewalt verschafft. da dadurch den anderen Mitgewahrsamsinhaber ein Stück faktischer Herrschaft entzogen wird, mithin das Moment der Gewahrsamsentziehung gegeben ist.[2])

Ein Analogon dieses strafrechtlichen Gebildes des untergeordneten Mitgewahrsamsverhältnisses tritt uns in der neuen Doktrin entgegen im Besitzherrn und Besitzdiener oder Besitzhalter[3]) unseres bürgerlichen Rechts. Nach § 855 B.G.B. ist Besitzdiener, wer die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse ausübt, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat. Der Besitzdiener ist nach dem B.G.B. wie auch nach der Auffassung des gewöhnlichen Lebens kein Besitzer der Sachen, die ihm vom Besitzherrn überlassen sind; er erscheint lediglich als die verlängerte Hand, als ein blosses Werkzeug des Besitzherrn für die Ausübung der tatsächlichen Gewalt. Er selbst hat keinen eigenen

---

[1]) 2. 287.

[2]) Umgekehrt natürlich kann der Gewahrsamsstellvertreter von seinem Mitgewahrsamsinhaber nicht bestohlen werden.

[3]) Erstere technische Bezeichnung von Bekker J.J. 34. 32. Letztere von Endemann. Strohal J.J. 38. 1 ff. spricht von unselbständiger Inhabung; ähnlich auch Cosack. Binding, Lehrb. S. 245 zieht „Besitzgehilfe“ vor. Der Bekkersche Ausdruck hat am meisten zugesagt, da er dem Wesen der Sache am nächsten kommt.

Willen über die Sachen, er soll vielmehr nur den Willen des Besitzherrn zur Ausführung bringen. Der Besitzherr bleibt allein der eigentliche Besitzer.

Diese zivilrechtliche Norm des § 855 B.G.B. ist jedoch für das Strafrecht — wie schon früher kurz berührt — (S. 44) völlig unbrauchbar.[1]) Sie kann höchstens dem Strafrichter einen Anhaltspunkt nach dieser oder jener Richtung geben, ihn aber ganz unter ihren Bann zwingen, vermag sie nicht. Es liegt uns ja ferne, leugnen zu wollen, dass es eine Menge von Fällen geben wird, bei denen strafrechtliche und zivilrechtliche Auffassung kongruent sein werden. Allein dieser Umstand berechtigt noch nicht, den Paragraphen 855 B.G.B. für das Strafrecht anwendbar zu erklären.

Den Unterschied zwischen strafrechtlicher und zivilrechtlicher Auffassung zeigt zunächst folgendes Beispiel: A., der in O. wohnt, besitzt in N. ein Landgut, in M. eine Fabrik. Die letztere leitet ein Fabrikdirektor, das Landgut verwaltet ein Gutsverwalter. Zivilrechtlich ist A. zweifacher Eigentümer und zweifacher Besitzer; Fabrikdirektor und Gutsverwalter sind Besitzdiener. Denn auf sie treffen die Voraussetzungen des § 855 B.G.B. zu. Die geschäftlichen Erwerbs- wie Veräusserungshandlungen dieser Besitzdiener begründen Besitzerwerb und Besitzverlust ausschliesslich für ihren Herrn, wenn auch die tatsächliche Gewalt von den Besitzdienern geübt wird. Strafrechtlich haben Gutsverwalter und Fabrikdirektor zweifellos „Besitz und Gewahrsam“ im Sinne des § 246 St.G.B. Wenn die beiden Gelder aus der Gutskasse bezw. Fabrikkasse sich aneignen, so unterschlagen sie, aber stehlen nicht. Als weiteres Beispiel dient der Ausgeher eines Geschäfts, der den Kunden die Waren zu bringen hat. Strafrechtlich ist dieser sicherlich Alleingewahrsamsinhaber und kann an den Waren nur eine Unterschlagung, aber keinen Diebstahl begehen. Zivilrechtlich ist er lediglich als Besitzdiener anzusehen, da er im Erwerbsgeschäfte seines Geschäftsherrn tätig, dessen auf die Waren beziehenden Weisungen Folge zu leisten hat. Diese zwei Beispiele lassen zur Genüge erkennen, dass dem § 855 B.G.B. jeder strafrechtliche Ein-

[1]) **Strohal**, Sächs. Archiv 8. 319; **Rotering**, J.V.Schr. 33. 22; **Annalen** 38. 298; **Binding**, Lehrb. S. 245.

fluss abgesprochen werden muss, insbesonders aber, dass es von ihm nicht abhängig sein kann, ob die Aneignung fremder Sachen seitens eines Gewahrsamsstellvertreters als Diebstahl oder als Unterschlagung zu bestrafen ist.[1]) Das Strafrecht geht infolge seiner selbständigen Natur seine eigenen Wege. Welche Gesichtspunkte für den Strafrichter bestimmend sein können, wurde bereits auf S. 44 angedeutet.[2]) Im grossen und ganzen ist eben die Tatfrage ein Hauptfaktor auf diesem Gebiete.

In den grossen Bereich des untergeordneten Mitgewahrsamsverhältnisses fallen zunächst die Dienstboten.[3]) Ihnen kommt kein Gewahrsam zu an den ihnen von ihrer Herrschaft innerhalb der eigenen Räume zum zeitweiligen Gebrauche oder zur Verrichtung einer Arbeit überlassenen Sachen. Wenn sie auch infolge der Art ihrer Dienstverrichtungen in engster Beziehung zu den Sachen ihrer Herrschaft stehen, so hat diese dennoch den Willen, den Gewahrsam festzuhalten, sowie auch die Möglichkeit, jederzeit ihre tatsächliche Herrschaft über die Sachen geltend zu machen. Deshalb macht sich das Dienstmädchen eines Diebstahls schuldig, wenn es z. B. beim Besteckreinigen einen silbernen Löffel sich rechtswidrig aneignet,[4]) ebenso der Knecht, der einen Teil des Hafers, den er zum Füttern der Pferde zu verwenden hat, entwendet.[5]) Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass dem Dienstboten eine Sache zum ausschliesslichen Gebrauche zugewiesen ist.[6]) Wenn z. B. der

---

[1]) Vgl. S. 44 Anm. 3.

[2]) Damit sollte jedoch nicht eine generalisierende Regel aufgestellt sein. Denn dies wäre bei der Mannigfaltigkeit unseres Verkehrslebens nicht nur nicht möglich, sondern sogar verfehlt.

[3]) Natürlich auch die landwirtschaftlichen. Falsch ist die Unterscheidung, die früher die Kriminalisten hinsichtlich des Getreidediebstahls machten. Wenn nämlich Arbeiter sich Getreide, das sie zu dreschen hatten, aneigneten, so war dies Unterschlagung, da sie den Gewahrsam an dem Getreide während des Dreschens hätten. Geschah die Aneignung nach der Arbeit, so nahm man Diebstahl an. Es ist nicht einzusehen, warum gerade in diesem Falle eine Ausnahme gemacht werden soll. Denn mit der Übergabe zum Dreschen ist der Arbeitsherr nicht willens, die ausschliessliche Verfügungsgewalt an dem Getreide dem Arbeiter zu übertragen. Sollte dies der Fall sein, so müsste das Merkmal der Gewahrsamsübertragung durch ein tatsächliches Ereignis erkennbar gemacht sein.

[4]) Vgl. auch Rechtspr. 3. 711.

[5]) O.R. 10. 282.

[6]) a. M. Hälschner, System 3. 436.

Dienstknecht sich die Weckeruhr aneignet, die ihm der Dienstherr in seine Kammer gestellt hat, so begeht er damit einen Diebstahl. Denn mit der Überlassung zum Gebrauche hat der Arbeitgeber noch nicht die Absicht, sich des Gewahrsams an der Weckeruhr zu begeben. Diese ist im engeren Gewahrsam des Dienstknechtes und bleibt im weiteren des Dienstherrn.

Eine Ausnahme mag wohl für den Fall zugelassen werden, wenn aus den Umständen ersichtlich ist, dass die Herrschaft sich der tatsächlichen Willensbestimmung über die in Händen des Dienstboten befindlichen Sachen entäussern will, so bei besonderer Übergabe zur Verwahrung und Besorgung, namentlich, wenn letztere ausserhalb der Wohnung der Herrschaft geschehen soll. Z. B. der Besitzer einer Villa übergibt bei seiner Abreise die Schlüssel zu den Zimmern dem Hausmeister,[1]) oder wenn das Dienstmädchen einen Ring eingehändigt erhält, um ihn der Reparatur halber zum Goldarbeiter zu tragen. Behält er den Ring für sich, so vergeht er sich nach § 246 St.G.B.[2])

Dieselben Grundsätze treffen auch für die industriellen Arbeiter zu. Eignen sie sich Arbeitsmaterial an, welches der Arbeitsherr ihnen zur Verarbeitung innerhalb der eigenen Werkstätte überlässt, oder Werkzeuge, die sie dazu benützen können, so sind sie wegen Diebstahls zu bestrafen. Denn der Gewahrsam geht deshalb nicht verloren, weil der Fabrikherr in seinen eigenen Arbeitsräumen jeden Augenblick durch Kontrolle seine tatsächliche

---

[1]) Vgl. aber E. 29. 209. Es wurde Diebstahl angenommen an Baumaterialien, welche in einem verschlossenen Verschlage verwahrt wurden, zu welchem der Vorarbeiter von seinem Arbeitgeber den Schlüssel erhalten hatte.

[2]) Binding, Lehrb. S. 290. Nicht kann ich mich einverstanden erklären, wenn einige Schriftsteller dem Dienstknecht oder Fuhrmann, der Sachen von einem Ort zu einem anderen transportieren soll, den Gewahrsam an diesen Sachen absprechen. Dies mag bei kleineren Entfernungen gelten. Bei grossen Distanzen aber wird der Dienstherr den Gewahrsam verlieren, da er seine tatsächliche Verfügungsgewalt durch Kontrolle nicht mehr ausüben kann. Ebenso Hälschner, System 3. 437. F. C. Huber S. 74. Ernst Ewald S. 49; E. 5. 219. Aber Seufferts Archiv, 57. 60. E.O. L. 3. 75. Nicht beizustimmen ist der Behauptung von Kapff S. 64, dass der Wagen, wenn dieser dem Arbeitgeber gehöre, die Fortdauer des Gewahrsams vermittle. Eine derartige „Vermittelung" wäre doch ein zu dehnbarer Begriff, der schliesslich nicht mehr abzugrenzen wäre. Unbestritten ist, dass der Frachtführer den Gewahrsam an den Sachen hat, die ihm zum Transporte übergeben sind. G.A. 37. 38.

Herrschaft ausüben kann.[1]) Jedoch ist nur Unterschlagung anzunehmen, wenn der Arbeiter Arbeitsmaterial, dass er mit nach Hause zur Verarbeitung erhält, sich aneignet.[2])

Ferner entbehren die Handlungsgehilfen des Gewahrsams an den Warenvorräten des Prinzipals[3]) und an dem dafür erlösten Gelde, auch ohne zuvorige Abführung an die Geschäftskasse.[4]) Denn dem Wesen des Gewahrsams als einer physischen, mit Ausschliessung anderer verbundenen Herrschaft über die Sache entspricht es, dass der Inhaber einer Räumlichkeit auch den Gewahrsam der in dieser befindlichen Gegenstände hat, sofern nicht ein dritter an einzelnen derselben vermöge besonderer Verhältnisse zu ihnen eine den Inhaber der Räumlichkeit zurückdrängende Macht ausübt. Dabei ist es ganz unbeachtlich, ob noch andere Personen, welche beim Inhaber der Räumlichkeit angestellt sind, anwesend sind. Auch wenn diese infolge des Umstandes, dass sie sich mit den einzelnen Gegenständen beschäftigen, sie zu bearbeiten und zu diesem Zwecke in die Hand zu nehmen haben, denselben näher stehen und deshalb über sie leichter zu verfügen im stande sind, so bleibt der Gewahrsam des Prinzipals dennoch unberührt, weil er infolge der möglichen Kontrolle in Verbindung mit dem Abhängigkeitsbewusstsein zu den erwähnten Personen aufrecht erhalten wird.[5]) Deshalb ist nicht zu bezweifeln, dass Warenvorräte oder Gelder in der offenen Geschäftskasse im Gewahrsam des Prinzipals stehen, und dass somit die Aneignung von ersteren oder ein unehrlicher Griff in die Kasse als Diebstahl zu ahnden ist.

Eine Änderung in der Beurteilung der Sachlage tritt natürlich ein, wenn dem Angestellten eine gewisse Selbständigkeit eingeräumt ist, oder wenn er einem bestimmten Auftrag des Prinzipals auszuführen hat, z. B. als Leiter einer Filiale, als Reisender oder Geldkassierer. Deren ungetreue Handlungsweise qualifiziert als Unterschlagung.

---

[1]) Vergl. Rechtspr. 7. 302.

[2]) A. M. H. Meyer S. 553 Anm. 19, der es nicht für unbedingt massgebend hält, ob sich die Sache in den Räumen des Arbeitgebers befindet.

[3]) E. 2. 1; 21. 16.

[4]) Rechtspr. 1. 540. E. 30. 88. Bl. f. R.A. 70. 479.

[5]) So im wesentlichen das Reichsgericht-Urt. v. 3. V. 1897. E. 30. 83.

Nicht ist man sich darüber klar, ob der Vermieter den Gewahrsam an den Möbeln des Zimmers behält. Nach *Merkel*[1]) findet Gewahrsamsübergang auf den Mieter statt, obgleich der Vermieter die Schlüssel zu den Zimmern besitzt. Folglich könne der Mieter nur eine Unterschlagung an den gemieteten Sachen begehen. *v. Liszt*[2]) hält dagegen die Aneignung mitvermieteter Sachen durch den Mieter eines (nicht etwa völlig abgesonderten) möblierten Zimmers als Diebstahl, wenn der Täter nur Mitgewahrsamsinhaber ist. Der Mietvertrag hat den Zweck, dass während der Mietzeit der Mieter die Möbel zur ausschliesslichen Verfügung habe. Diese Ausschliesslichkeit wird besonders dann gegeben sein, wenn der Mieter die vermieteten Räume für sich vollständig abschliesst, dass selbst der Vermieter z. B. zum Reinigen, Aufräumen keinen Zutritt mehr hat. Unter diesen Umständen wird der Mieter allein Gewahrsamsinhaber der Möbel etc. Einen Unterschied macht es jedoch, wenn der Vermieter sich die Mitbenützung ausbedingt, oder wenn jemand sich eine Schlafstelle auf eine Woche oder gar nur auf Tage mietet. In diesem Falle wird der Mieter, wenn er Sachen des Vermieters an sich nimmt, sich gegen § 242 St.G.B. verfehlen. Ebenso der Hotelgast, der nach jedesmaliger Benützung seines Zimmers den Schlüssel hierzu beim Portier zum Aufhängen an der Schlüsseltafel abgeben muss.[3])

Umgekehrt unterliegt es keinem begründeten Zweifel, dass der Vermieter, der sich rechtswidrig Gegenstände des Mieters aneignet, immer einen Diebstahl begeht.

Schliesslich ist noch die Kontroverse zu berühren, ob der Dieb selbst durch Wegnahme der gestohlenen Sache aus dem Mitgewahrsam seines Genossen sich eines zweiten Diebstahls schuldig macht. *v. Liszt*[4]) bejaht diese Frage im Gegensatz zum Reichsgericht und *Olshausen*.[5]) Das Reichsgericht, dessen Ansicht wir bei-

[1]) H.H. 3. 641; ebenso Hälschner, System 3. 430; Oppenhoff, No. 14 zu § 242; L. Goldschmidt, Grundlagen S. 139; Eckhardt S. 28; Reichsgericht E. 3. 358; 5. 43; Rechtspr. 2. 184.

[2]) S. 430; Olshausen, Anm. 19d zu § 242. — Die tatsächlichen Verhältnisse lassen entscheidend sein: Binding, Lehrb. S. 290; H. Meyer, S. 553; Rotering, G.S. 38. 316; Berner S. 555 und Ernst Ewald S. 53.

[3]) Schütze S. 428.

[4]) Lehrb. S. 430, Anm. 7.

[5]) Anm. 33 zu 242.

pflichten, lässt sich folgendermassen in der einschlägigen Entscheidung[1]) aus: „Bei gemeinschaftlichem redlichen Erwerb einer Sache entstehe zweifellos zwischen den Erwerbern Miteigentum und deshalb könne der Miteigentümer, wenn die gemeinsame Sache er dem Genossen nehme, allerdings dessen Miteigentum verletzen und somit einen Diebstahl begehen. Anders liege freilich der Fall bei denjenigen, welche gemeinsam eine Sache stehlen. Hier könne durch den Diebstahl kein Miteigentum an derselben entstehen und es sei daher rechtlich undenkbar, dass der Diebsgenosse, der vor der Teilung die gemeinschaftlich gestohlene Sache seinen Diebsgenossen wegnehme, sich die bereits in der Absicht rechtswidriger Zueignung einem anderen weggenommene Sache nochmals rechtswidrig zueigne."

Es wäre ein nutzloses Unterfangen, wollte man bei der ungeheuren Fülle und Mannigfaltigkeit der Erscheinungen das Gebiet des untergeordneten Mitgewahrsamsverhältnisses noch weiter kasuistisch erschöpfen. Es sollen deshalb nur noch einige markante Entscheidungen aus der Praxis aufgeführt werden.

Der Pfarrer, der den verschlossenen Kirchenkasten, zu dessen drei verschiedenen Schlössern er nur den einen Schlüssel hat, während die beiden anderen zwei Kirchenältesten anvertraut sind, in seiner Wohnung hat, hat den Gewahrsam daran, begeht also durch rechtswidrige Aneignung des Inhalts eine Unterschlagung.[2]) Dagegen wurde Diebstahl angenommen seitens des Inhabers einer Räumlichkeit an dem Koffer, welchen ein früherer Mitbewohner, zwar ohne Übergabe zur Aufbewahrung, jedoch mit Zustimmung des Inhabers der Wohnung, in derselben zurückgelassen hatte.[3]) Ferner hat der von dem Eigentümer eines Waldes zum Schutze des dort gefällten Holzes vor Diebstahl bestellte Aufseher nicht den Gewahrsam des Holzes. Er begeht daher durch rechtswidrige Zueignung des letzteren nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl.[4]) Nicht richtig und in sehr bedenklicher Ausführung das Urteil des Reichsgerichts vom 2. Dezember 1881,[5]) wo enthalten ist, dass in Preussen am Walde nur der Oberförster nicht der Förster den

[1]) E. 11. 438.
[2]) E. 5. 222.
[3]) E. 2. 64.
[4]) E.O.L. I. 6. 100.
[5]) E. 14. 305.

Gewahrsam habe, da dieser nicht Verwaltungsbeamter, sondern Schutzbeamter sei. Der Förster könne also das Holz nicht unterschlagen, sondern nur der Oberförster. Kein Gewahrsamsübergang wurde als gegeben erachtet bei einer der Obhut des Schäfers anvertrauten Herde, sogar dann nicht, wenn sie aus den Räumlichkeiten des Herrn entfernt war.[1])

§ 20.

V. Die Fortdauer des Gewahrsams.

Es wurde in den vorigen Paragraphen dogmatisch wie kasuistisch erörtert, unter welchen Voraussetzungen der Gewahrsam verloren geht. Daraus lässt sich e contrario folgern, dass er fortdauert, insolange nicht die eine oder die andere der besprochenen Voraussetzungen zutrifft. Insbesonders aber lässt sich aus dem Wesen des Gewahrsams, als einem Verhältnis des Willens zur Sache der Satz ableiten, dass der Gewahrsam mit dem Willen ihn zu haben, fortdauert, ganz gleichgültig, ob dieser Wille durch Handlungen äusserlich in die Erscheinung tritt, oder nicht betätigt wird, solange nur einer erneuerten Betätigung nicht eine tatsächliche Unmöglichkeit oder der Wille eines anderen Inhabers hindernd in den Weg tritt.[2]) Hieraus folgt, dass die Fortdauer des Gewahrsams auch dann anzunehmen ist, wenn sich der Inhaber vom Orte, wo die Sache sich befindet, entfernt, vorausgesetzt, dass er durch Rückkehr oder aus der Entfernung über sie noch wirksame Verfügungen treffen kann. Also dauert mein Gewahrsam an den Sachen in meiner Wohnung fort, während ich auf Reisen bin; ebenso behält der Fuhrmann den Gewahrsam an einem angebundenen Pferd, auch wenn er sich momentan entfernt.[3]) Sogar das Wrack eines gestrandeten Schiffes und sein Inhalt bleibt durch das Verlassen desselben seitens der Besatzung in dem Gewahrsam der letzteren, falls sie die Absicht hatte, die Sachen nicht den Wellen preis zu geben, sondern sobald als möglich ans Land zu schaffen.[4])

---

[1]) G.A. 7. 837; a. **M. Oppenhoff, Anm. 28 zu § 242; Binding, Lehrb. S. 290. Letztere Ansicht dürfte wohl als die richtigere vorzuziehen sein.**

[2]) **Hälschner 2. 285; ähnlich Oppenhoff, Anm. 18 zu § 242; vgl. hierzu auch Urteil d. Reichsger. v. 14. IX. 1904. Recht 1905 S. 22.**

[3]) **Oppenhoff, a. a. O.**

[4]) **E. 10. 84.**

Sehr oft wird die Fortdauer des Gewahrsams durch die örtliche Lage, in der sich eine Sache befindet, vermittelt,[1]) insoferne natürlich erstere der Natur der letzteren entspricht. Darum stehen die Ackergeräte auf dem Acker, auf welchem sie zurückgelassen wurden, die Früchte auf dem Felde, das Handwerkszeug auf dem Baue, im Walde aufgeschichtetes Holz, im Garten zum Trocknen aufgehängte Wäsche im Gewahrsam des vielleicht weit entfernten Eigentümers; denn nach der allgemeinen Rechtsanschauung verdient eben auch die Herrschaft des Abwesenden Anerkennung und Achtung.

[1]) Ähnlich **Ernst Ewald**, der hier von einer wirtschaftlichen Gebundenheit — besser wirtschaftlichen Zugehörigkeit — spricht.

Schlusswort.

Unsere Betrachtung hat ersehen lassen, welch weittragende Rolle vom Gesetzgeber dem Begriffe des Gewahrsams auf dem strafrechtlichen Gebiete zugedacht wurde, insbesonders aber wie er, losgelöst vom zivilrechtlichen Besitz, die Lehre von den Verbrechensbegriffen Diebstahl, Unterschlagung etc. in hohem Masse beherrscht. Dabei hat es sich allerdingst gezeigt, dass in Theorie wie Praxis in vielen Punkten die Auffassungen auseinandergehen und zwar gar manche mit einem Ergebnisse, das nur zu deutlich auf verschiedene in unserem Strafgesetzbuche vorhandene Mängel und Schwächen hinweist. Diese Tatsache dürfte für die Reformer des geltenden Strafrechts ein ernster Mahnruf sein, dem unabweisbaren Bedürfnis nach Abhilfe nach der bezeichneten Richtung hin Rechnung zu tragen, auf dass unsere Strafrechtspflege zu der Vollkommenheit und Höhe gelange, die mit der gesunden Rechtüberzeugung des Volkes im Einklang steht.

—— o ——

DRUCK VON GEBRÜDER BÖHM, KATTOWITZ.